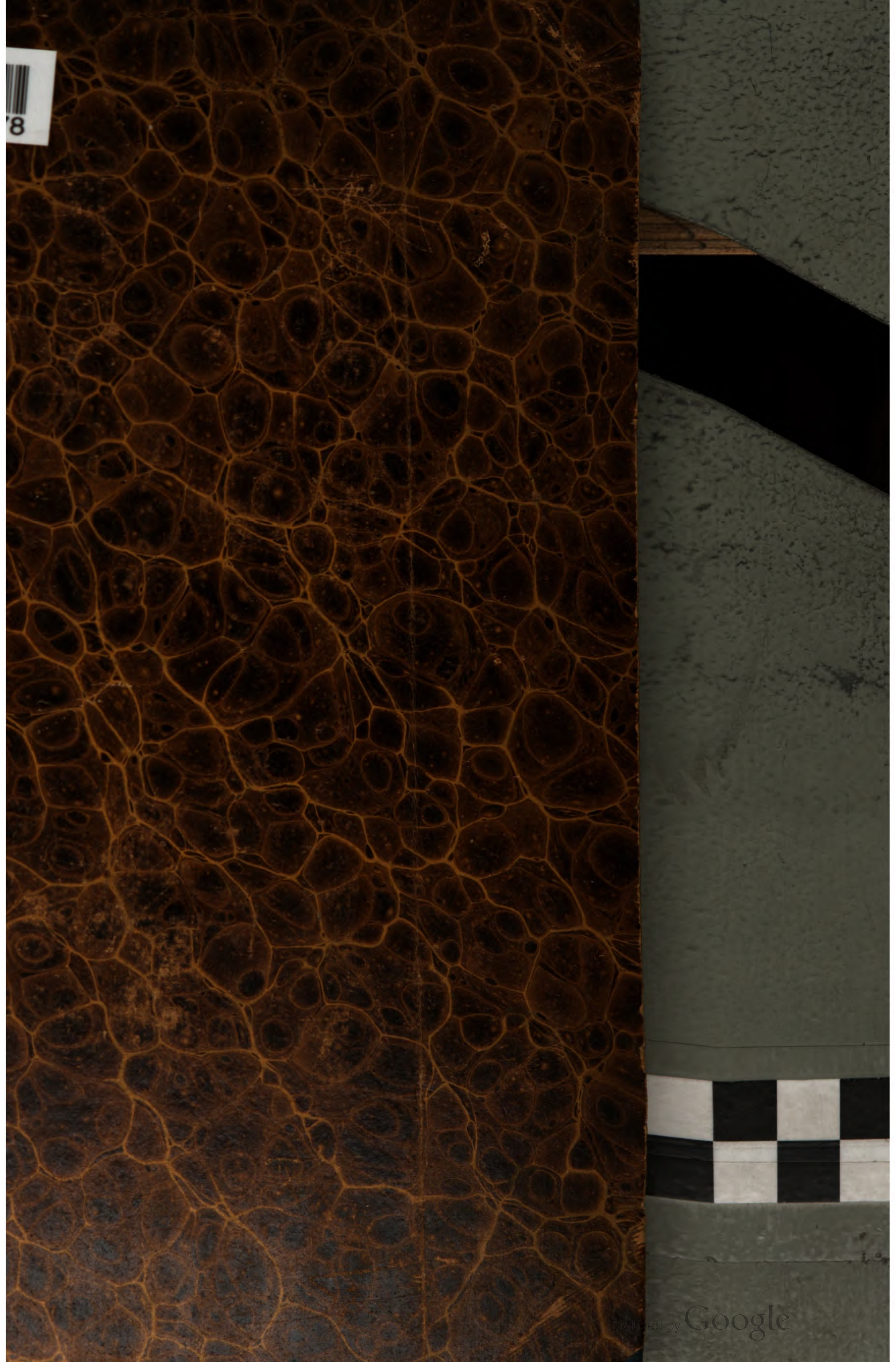



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG·
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

SWEDEN

GRUNDDRAGEN

AF

RÄTTEGÅNGSFÖRFARANDET I TVISTEMÅL.

JEMFÖRANDE FRAMSTÄLLNING AF UTLÄNDSK
OCH SVENSK LAGSTIFTNING

AF

IVAR AFZELIUS.

STOCKHOLM, 1882.
KONGL. BOKTRYCKERIET.
P. A. NORSTEDT & SÖNER.

Af Kungl. Maj:t förordnad att biträda Lagberedningen under den tid, Beredningen vore sysselsatt med utarbetande af förslag till ny rättegångsordning, erhöll författaren i uppdrag att lemna Beredningen en redogörelse för den nyare utländska processlagstiftningen för tvistemål. Det är denna redogörelse, som nu, i något mer utarbetad form, offentliggöres.

Vid denna redogörelse har författaren tagit till ledning, hvad den för Beredningen faststälda arbetsplan betecknat såsom syftet med en sådan utredning, och vid framställningen gått så till väga, att författaren sökt först fastställa de principiella synpunkter, som synts honom böra af Lagstiftaren beaktas, samt derefter lemnat en öfversigt af de stadganden, som i den nyare processlagstiftningen och i vår egen rätt i berörda afseenden innehölles. Till följd af denna plan för arbetet har det stundom varit nödvändigt att framställa åsigter, hvilka icke äro allmänt antagna och hvilka derför kunnat tarfva en utförligare motivering, än som det här varit möjligt att lemna; men å andra sidan torde detta sätt att gå till väga hafva medfört den fördel, att öfversigten och uppfattningen af det omfattande lagstiftningsmaterial, för hvilket förf:n haft att redogöra, väsentligen underlättats.

Då för det afsedda syftet endast den nyare processlagstiftningen varit af omedelbart intresse, har författaren inskränkt sig till en redogörelse för denna och endast undantagsvis anfört bestämmelser i äldre rättegångsordningar eller lagförslag. Hänvisningar hafva lemnats till fransk och tysk rätt, samt till de svenska, österrikiska, danska och franska civilprocessförslagen; i vigtigare

frågor hafva bestämmelser anförts äfven ur Civilprocesslagen för Genève, samt ur ett under förlidet år offentliggjordt förslag om inrättande af en Handelsdomstol i Kristiania. Deremot har icke i redogörelsen upptagits engelsk rätt, emedan denna rätts bestämmelser stå i så nära samband med de för England egendomliga institutioner och förhållanden, att de utan en redogörelse äfven för dessa icke kunna riktigt uppfattas. De danska och österrikiska förslagen hafva under förlidet år framlagts för dessa länders representationer, men då de ändringar, som i de nya förslagen vidtagits, äro högst oväsentliga, har författaren hänvisat till de ursprungliga förslagen, såsom lättare tillgängliga. Hänvisningarna har förf:n sökt göra så fullständiga, att framställningen öfver allt skulle kunna genom dem belysas och kontrolleras. Att emellertid icke absolut fullständighet kunnat vinnas, ligger i sakens natur; särskildt har det varit omöjligt att för den franska rätten öfver allt hänvisa till bestämda lagstadganden, emedan, som bekant, sjelfva lagtexten är ytterst ofullständig och förfarandet i många delar hvila på rättsbruk. Hänvisningar till den omfattande tyska och franska literaturen i ämnet hafva deremot icke lemnats, emedan sådant icke synts författaren nödigt eller lämpligt, med hänsyn till arbetets uppgift. På ett och annat ställe har hänvisats till de diskussioner, som fördes i den kommission, tyska riksdagen tillsatte för granskning af civilprocessförslaget, och hvilka återfinnas i samlingen: *die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung.* Berlin 1880.

Angående den utländska processlagstiftningens utvecklingsgång har förf:n icke lemnat några uppgifter, emedan i den under förlidet år af Beredningen offentliggjorda promemoria tillräcklig upplysning härom meddelats.

Det har icke varit möjligt att meddela statistiskt material i den omfattning, som skulle hafva varit att önska. En rättsstatistik för Tyskland på grundvalen af den nya rättegångsordningen föreligger ännu icke; endast för Preussen hafva några sådana uppgifter meddelats i *Justiz-Ministerial Blatt* för 1881,

men dessa lemna föga upplysning angående det nya förfarandets verksamhet. Deremot hafva på sina ställen kunnat meddelas statistiska uppgifter angående Frankrike, hemtade ur »*Compte général de l'administration de la justice civile et commerciale*» för 1878.

Det torde knappast behöfva erinras, att de åsigter, som i detta arbete uttalas, äro uttryck endast för författarens uppfattning, men på intet sätt kunna anses angifva den mening, som i förevarande frågor omfattas af Lagberedningen. För egen del vill författaren endast framhålla, att han med sitt arbete afsett att gifva en *principiel* utredning, men att han icke haft anledning yttra sig, i hvad mån de anordningar af rättegångsförfarandet, hvilka han från sådan synpunkt ansett lämpliga, också kunna eller böra *hos oss* vid en nu förestående reform genomföras.

Det är slutligen författaren en kär pligt att uttala en vördsam tacksägelse till de många personer inom och utom landet, hvilka på ett eller annat sätt befordrat hans arbete; särskildt står han till N. Lagberedningens Ordförande och Ledamöter i förbindelse för värdefulla upplysningar och verksamt bistånd.

Upsala i Februari 1882.

FÖRFATTAREN.

Förkortningar.

C. P. O.	=	Civil Prozessordnung für das Deutsche Reich.
C. Pr.	=	Code de Procédure Civil.
C. civ.	=	Code civil.
Ö. F.	=	Entwurf einer Civilprocessordnung. Wien 1876.
D. F.	=	Udkast til Lov om den borgerlige Retspleje. Kjøbenhavn 1877.
C. G.	=	Loi sur la Procédure civile du Canton de Genève, précédée de l'exposé des Motifs par Bellot. Gnève 1877.
N. U.	=	Foreløbigt Udkast til Lov om Oprettelse af en Sø- och Handelsret. Kristiania 1881.

Vilseledande tryckfel:

Sid. 4 r. 2 nedifrån	*står:* kunna	*läs:* kan.
» 19 sista raden i texten	» ed	» e. d.
» 46 r. 10 nedifrån i texten	» men då käranden icke	» men då svaranden icke.

I

Inledning.

De regler, lagstiftaren har att lägga till grund för ordnandet af rättegångsväsendet, måste framgå ur en riktig uppfattning af rättegångens ändamål. Om än de faktiska förhållanden, från hvilka han vid lagens stiftande måste utgå, helt naturligt pålägga honom inskränkningar vid valet af de medel, han för sitt syfte kan använda, får han dock icke förlora målet ur sigte, utan bör söka närma sig detsamma så långt, som med tillgängliga utvägar och utan skadliga rubbningar i bestående förhållanden låter sig göra. Den första af de frågor, som lagstiftaren måste för sig uppställa, är derför denna: hvad vill man vinna, hvilka kraf skall man ställa på en rättegångsordning, för att den skall kunna anses god. Först sedan denna fråga är afgjord, kan han öfvergå till frågan om sättet att nå det föresatta målet. *Allmänna synpunkter.*

Främst bland de kraf, man uppställer på en god rättsskipning, står fordran på dess *säkerhet*, det vill säga att materiel rättvisa skipas, att det resultat, som genom dom fastställes såsom riktigt, också är det, att hvar och en, som har rätt, äfven får det, men att å andra sidan ingen må kunna genomdrifva ett anspråk, som icke är lagligen grundadt. Men om än detta mål måste uppställas såsom det främsta, kan det icke ensidigt fullföljas. Man måste ock sörja för, att den berättigade icke så länge nödgas vänta på den dom, som ger honom hans rätt, att resultatet slutligen är honom till ingen eller ringa båtnad, man måste sörja för att den rubbning, rättskränkningen orsakat, inom kortast möjliga tid varder åter upphäfd och rättstillståndet återstäldt. Och slutligen har lagstiftaren att se till, *Rättsskipningens uppgifter: säkerhet, snabbhet, billighet.*

att icke rättens utsökande eller värjande på laglig väg är förenadt med en kostnad, som beröfvar den vinnande det mesta af hvad han fått sig tillerkändt — och som derför från rättegångs anlitande utestänger en hvar, som icke antingen är så rik, att kostnaden för honom intet betyder, eller så fattig, att han deraf alls icke träffas. — Rättsskipningen skall vara icke blott säker, utan ock *snabb* och *billig* för de rättsökande.

Är rättsskipningens billighet en fördel? Angående önskvärdheten af säkerhet och snabbhet i rättens skipande torde olika meningar icke gifvas. I fråga om krafvet på billighet är det icke så; man har tvärt om ansett rättegångskostnadens ringhet innebära en uppmuntran åt processlystnaden och begäret att trakassera, och i dess ökande velat finna en dam mot detta onda. Förtjenar nu denna synpunkt att beaktas?

Kostnaden för rättsskipningen träffar den rättsökande under tvänne former: dels som en uppoffring af tid och penningar för målets beredande och utförande inför Rätta, dels såsom afgift till staten för anlitande af dess rättsskipande myndighet. Båda dessa faktorer bestämma rättsskipningens kostnad; den förra är beroende af den verksamhet, rättegångssättet af parten sjelf fordrar, den senare deremot kan, oberoende af detta, bestämmas af staten efter rent finansiella grundsatser. Hvilket mått, som från denna synpunkt kan anses vara det rätta, är här icke stället att undersöka. Vi anmärka endast, att den uppfattning, som ansåg rättegångsafgifterna böra fullt betäcka statens utgifter för rättsvården, nu mera är öfvergifven; man har insett, att detta rättsskydd icke kommer ensamt den tillgodo, som nödgas anlita rättegång, utan att hvar och en, som något eger, njuter detta skydd genom tillvaron af en myndighet, som när det behöfs tillbakavisar kränkning af rätten. Endast den *särskilda* kostnad, som orsakas staten genom rättegången, antager man böra af parten gäldas.

Om det sålunda från denna synpunkt icke är nödvändigt, att rättegångsafgifterna uppnå en tryckande höjd, återstår att afgöra, huruvida icke ofvan nämnda syfte, processlystnadens stäfjande,

förtjenar att beaktas. [1]) Vi kunna icke finna, att detta medel är för ändamålet lämpligt. Denna tunga träffar lika väl den, som söker eller värjer sin goda rätt, som den, hvilken endast vill komma förargelse åstad; just för denne senare kan den dryga kostnaden innebära en ökad eggelse att med rättegång hemsöka eller hota den, han vill skada eller kränka. Ofta nog drifves derigenom den verkligen berättigade till att genom en nödtvungen förlikning uppgifva en del af sin rätt, hellre än att vädja till en rättegång, hvars utgång icke alltid kan på förhand beräknas, och hvars dryga kostnad han för öfrigt kanske icke kan få af sin motpart ersatt, äfven om han vinner den. Rättegångs missbruk skall förekommas genom straff; söker man vinna detta syfte genom höga rättegångsafgifter, så inskränker man i sjelfva verket det skydd, som statens rättsskipning skall gifva *alla* medborgare, och hvilket genom de förlikningsinrättningar, som i sådant fall få en vidsträckt användning, aldrig kan ersättas. Deremot kunna med fördel rättegångsafgifterna stegras, när part längre än nödigt är tager Domstolens tid i anspråk.

Uppgifterna i viss mån oförenliga.

Det torde sålunda med skäl kunna sägas, att man vid rättegångsväsendets ordnande bör afse att vinna ej mindre en säker och snabb, än en billig rättsskipning. Till en viss grad kunna alla dessa ändamål samtidigt befordras. För rättsskipningens snabbhet kan man sörja genom anordnande af täta Domstolssammanträden, genom ökande af Domstolarnes arbetskraft och införande af en lämplig arbetsordning, genom verksamma tvångsmedel mot de personer, som till upplysning inför Rätta skola höras, med flere dylika åtgärder, utan att derigenom resultatets riktighet i någon mån äfventyras, eller parterne betungas med ökad kostnad för rättegången. Se vi åter på de faktorer, som betinga domens riktighet, så beror denna af en fullständig utredning af de faktiska omständigheterna i målet och en klar och fattlig framställning af dessa inför Domaren, af en riktig pröfning af dessa omständig-

[1]) Faktiskt har denna synpunkt utöfvat ett afgörande inflytande vid bestämmandet af de tyska rättegångsafgifterna (Jmfr motiven till den tyska »Gerichtskostengesetz»).

heters sanning eller falskhet samt slutligen af en riktig tillämpning af gällande rätt på det sålunda vunna faktiska materialet. Nu är det klart, att Domarens *förmåga* att pröfva är beroende af de vilkor, lagstiftaren uppställer för domarekallets utöfning, och af Domstolarnes organisation; och lagstiftaren kan i detta hänseende bereda den största möjliga trygghet, utan att inskränka snabbheten i rättegången eller öka dess kostnad för parterna. Frågan gäller här ytterst statens vilja och förmåga att göra uppoffringar för rättsvården. Det är lika klart, att man kan vinna ökad säkerhet för domens riktighet genom att för pröfningen af hvad skall anses sant tillämpa riktiga grundsatser, utan att fördyra eller förlänga rättegången. Men för resultatets riktighet fordrades ock, såsom nämndt, att sakens sammanhang blefve fullständigt utredt och att denna utredning för Domaren framlades på ett sätt, som gjorde hans uppfattning deraf klar och uttömmande; att åstadkomma detta är sjelfva *rättegångsförfarandets* uppgift. Och det ligger i sakens natur, att om man vill göra detta sådant, att det i angifna hänseende lemnar de största möjliga garantier, detta icke kan ske, utan att derigenom vållas en viss omgång och tidsutdrägt och ådrages parterna kostnad, om än icke genom ökade afgifter till staten, så genom de högre anspråk, som måste ställas på deras egen verksamhet i rättegången. Här visar sig sålunda en stridighet mellan de intressen, rättegångsordningen har att se till godo; till en viss grad äro de oförenliga.

Provisoriskt afgörande af rättstvister.

Denna stridighet kan man visserligen undgå genom att vid sakens behandling använda ett enklare och snabbare förfarande, än som kan anses öfverensstämmande med krafvet på säkerhet, men å andra sidan tillägga det resultat, som sålunda vinnes, giltighet endast tills vidare och låta saken behandlas å nyo under ett omständligare och mer betryggande förfarande, om någon af parterna det äskar. En sådan, så att säga provisorisk process är den så kallade exekutivprocessen, hvilken blifvit med full klarhet i vår rätt genomförd genom Nya Utsökningslagen. Likaså kunna i åtskilliga fall, der rättsförlust skulle inträda, om tvistefrågan

örst i vanlig ordning afgjordes, denna fara förebyggas genom provisoriska åtgärder, t. ex. qvarstad, vräkning m. m. Den utländska processrätten visar oss flere olika sätt att använda ett sådant tillvägagående. Der motsatsen mellan de olika processuella intressena icke på detta sätt kan häfvas, måste rättsskipningens säkerhet vara lagstiftarens främsta ögonmärke, för hvilket anspråken på snabbhet och billighet måste träda tillbaka; men han bör fullfölja det utan ensidighet och söka finna en medelväg, lika fri från sträfvan efter oupphinneliga ideal, som från obehörig eftergift för svårigheter, som kunna öfvervinnas.

Olika mål kräfva olika processuel behandling.

Det ligger emellertid i sakens natur, att icke alla mål behöfva undergå samma behandling, för att utredningens tillförlitlighet och pröfningens säkerhet skola vara betryggade. Är saken enkel, kan den utan fara behandlas på ett enklare sätt — och derför också snabbare och billigare — än om den är svår att reda och bedöma. I den utländska lagstiftningen har man derför vid sidan af den rättsskipningsapparat, som erbjuder alla de garantier, hvilka kunna anses erforderliga för äfven de mest invecklade målens behandling och pröfning, uppställt en annan, som skiljer sig från den vanliga processen dels genom en enklare Domstolsorganisation — enmansdomstolar i stället för kollegiala Rätter — dels genom ett enklare och för parterna mindre betungande förfarande. En sådan inrättning kan gifva fullt tillfredsställande resultat, så vida den användes endast i de fall, der förutsättningarne för dess tillämpning äro för handen. Men härvid möter man den stora svårigheten att genom fasta regler skilja det ena slaget af mål från det andra; ty att för hvarje särskildt fall pröfva, huruvida det ena eller det andra behandlingssättet bör användas, låter sig icke göra. Såsom en sådan allmän måttstock för målens särskiljande har man uppställt *värdet* af det föremål tvisten gäller, ehuru vid fördelningen äfven andra synpunkter beaktats, såsom behofvet af skyndsam handläggning af vissa slags mål, af lokalkännedom eller af besigtning på stället med flere sådana omständigheter, som göra målets behandling vid enmans-

domstolarne önskvärd. Så döma de *tyska* »Amtsrichter»[1]) öfver alla förmögenhetsrättsliga anspråk, hvilkas föremål i värde icke öfverstiger 300 mark samt, utan hänsyn till värdet, i tvister mellan hyresvärdar och hyresgäster, mellan husbönder och tjenare, arbetsgifvare och arbetare, mellan resande och värdshusvärdar, formän, skeppare med flere angående räkningar, forlön, frakt m. m.; i tvister angående skada å kreatur, olofllig jagt samt uppfostringsbidrag åt oäkta födda barn, hvarjemte de handlägga förmynderskaps-, konkurs- och exekutionsärenden. De *franska* »juges de paix»[2]) döma i alla tvister angående fordringar och lös egendom till ett värde af 200 francs; i åtskilliga andra fall är deras kompetens utsträckt till 1,500 francs samt i några oberoende af värdet. Enligt *österrikiska* förslaget[3]) är gränsen för enmansdomstolarnes kompetens satt till 300 floriner, enligt det *danska*[4]) till 400 kronor. I alla dessa länder kommer sålunda antagligen flertalet mål att behandlas på detta sätt.[5])

Anmärkningar mot indelningsgrunden.

Mot den angifna indelningsgrunden har man — oafsedt den uppstälda gränsliniens godtycklighet — principielt anmärkt, att föremålets värde ingalunda är en tillförlitlig mätare af den svårighet sakens utredning och pröfning kunna erbjuda; en tvist om en obetydlighet kan vara svårare att riktigt lösa, än den som gäller stora summor. Genom införande af denna måttstock uppställer man i sjelfva verket såsom regel, att det är tvisteföremålets värde, som bestämmer det beaktande, tvistens lösning förtjenar från statens sida — ett åskådningssätt, som tagit form i benämningen »bagatellmål», »bagatellprocess». Men ett sådant betraktelsesätt är icke

[1]) Gerichts. Verf. Ges. § 23, jmfr § 70.

[2]) Lag af $^{25}/_{5}$ 1838.

[3]) Ö. F. §§ 16, 20; jmfr ock § 22.

[4]) D. F. § 2. Enligt gällande dansk-norsk rätt finnas särskilda bagatelldomstolar, likasom äfven vid de vanliga ett enklare förfarande tillämpas i vissa mål.

[5]) Under år 1878 handlades inför fredsdomstolarne i *Frankrike* och de med dem likartade »conseils de prud' hommes» 338,334 tvistemål, under det att till de ordinära domstolarne inkommo 120,884, — deri inräknade de, som från fredsdomstolarne dit appellerats — samt till handelsdomstolarne 209,226 mål. I *Preussen* inkommo under 1880 till »die Amtsgerichte» 807,479 tvistemål, men till »die Landgerichte» endast 108,436.

riktigt; ty rätten har ett annat värde än penningens, och äfven dennas värde är beroende af personen, från hvilken den skall tagas eller åt hvilken den skall gifvas.

Denna invändning är utan tvifvel riktig. Om det än icke utan skäl kan sägas, att i flertalet fall sakens ringhet och målets enkelhet med hvarandra sammanfalla, så är dock detta sammanhang icke nödvändigt; och när fall förekomma, der värdet är ringa, men saken invecklad, då räcker den angifna synpunkten icke till att rättfärdiga sakens behandling såsom bagatellmål. För sådana fall söker man då stödja bagatellprocessens användning på en annan grund; såsom vi ofvan nämnt, måste det betraktas som ett väsentligt ondt, om kostnaden för rättegången icke står i rimligt förhållande till föremålet för tvisten; ett sådant förhållande är nära nog detsamma som att utesluta *all* verklig rättsskipning i dylika fall. Och om än de omedelbara rättegångsafgifterna icke äro uppdrifna till en obillig höjd, är det likväl klart, att ett förfarande, som skall erbjuda alla garantier för äfven de mest invecklade målens riktiga afgörande, måste af parterna fordra enskilda uppoffringar, hvilkas tunga är tillräcklig att afskräcka från rättegång. Det är derför en praktisk nödvändighet att utom detta förfarande ställa till parternas förfogande ett enklare och billigare. Det berättigade i denna synpunkt skulle dock endast leda till att parterna, *om de ville,* finge anlita detta rättegångssätt. Men då det, såsom vi framdeles skola visa, ligger i statens intresse att söka åstadkomma en viss jemn arbetsfördelning mellan Domstolarne och denna lätteligen skulle kunna förryckas genom en parterna medgifven rätt att godtyckligt välja mellan dessa båda rättsskipningsvägar, kan lagstiftaren icke undgå att införa ett visst tvång att anlita den ena eller den andra. Parterna *måste* använda bagatellförfarandet i de saker, som icke hafva det värde, som för de vanliga processformernas användning är bestämdt.

Bagatell-processens behöflighet och behörighet.

Bagatellprocessens behöflighet och behörighet beror sålunda ytterst af det sätt, på hvilket man anordnar det allmänna rättegångsförfarandet och bestämmer rättegångsafgifterna. Äro dessa

öfverhufvud icke betungande, och kräfver icke sjelfva behandlingen af målen mer betydande uppoffringar å parternas sida, såsom förhållandet är i vår gällande rätt, då kan man bevara rättsskipningens enhet och låta den ringa saken behandlas på alldeles samma sätt, som den stora. Anser man sig åter icke kunna vinna full säkerhet för en tillfredsställande rättsskipning i de svårare målen, utan att ordna förfarandet på ett sätt, som måste fordra en kostsam domstolsorganisation och pålägga parterna rätt dryga bördor, så kan man icke undgå att inrätta också en enklare domstolsapparat med ett enklare förfarande. Mot en sådan anordning torde för öfrigt knappast någon skälig anmärkning kunna göras, om man medgifver parten rätt att, der han är missnöjd med utgången vid bagatelldomstolen, få saken behandlad ånyo inför en kollegial Domstol, under der gällande former.[1]) Och från de länder, der denna dubbelhet i rättegångsformer förefinnes, har man icke förnummit någon klagan öfver rättsskipningen vid bagatelldomstolarne.[2])

Planen för den följande framställningen.

Efter denna allmänna öfversigt af de praktiska ändamål, som för processlagstiftningen äro bestämmande, skola vi öfvergå till en undersökning af det lämpligaste sättet för deras vinnande och af de vägar, som blifvit af olika lagstiftningar i detta hänseende försökta. Det ligger i sakens natur, att flere medel gifvas att uppnå det föresatta målet; och det inbördes företrädet dem emellan måste bestämmas icke endast med hänsyn till det mer eller mindre fullständiga sätt, på hvilket de förverkliga det med dem afsedda ändamål, utan ock med fäst afseende å de förutsättningar de

---

[1]) Detta är fallet enligt C. P. O., under det att deremot C. Pr likasom österrikiska och danska förslagen äfven begränsa denna rätt till ett visst värde, en *summa appellabilis*.

[2]) I Frankrike begagnades 1878 appellrätten mot sådana vid fredsdomstolarne gifna domar, mot hvilka appell är tillåten, endast i 6 fall af 100, under det att från de kollegiala underdomstolarne 11 procent af domarne appellerades. Af de appellerade domarne ändrades 39 procent af de förra, 30 procent af de senare.

kräfva och å den inverkan de, hvart för sig, utöfva på processordningen i dess helhet. Ett processuelt institut, som under vissa förutsättningar är synnerligen lämpligt, kan, der dessa förutsättningar icke kunna beredas, vara förkastligt, ett medel, som i ett hänseende verkar synnerligen tillfredsställande, kan i ett annat medföra olägenheter, som uppväga den fördel som kunde vinnas. Vid denna undersökning har man att taga hänsyn dels till anordnandet af de myndigheter, som skola upptaga och afgöra målen — *Domstolarnes organisation* — dels ock till det sätt, på hvilket målen behandlas och afgöras — *förfarandet inför Rätta.* Det är dessa begge faktorer, som bestämma en rättegångsordnings ändamålsenlighet. Det är emellertid lätt insedt, att grunderna för sjelfva förfarandet måste vara gifna, för att man skall kunna fastställa reglerna för Domstolarnes organisation; dessa utgöra det maskineri, med hvilket rättsskipningsarbetet skall utföras, och deras konstruktion måste derför afpassas efter de regler, som uppställas för förfarandet — en viss ordning för detta kräfver en särskild anordning af Domstolarne, likasom å andra sidan en viss Domstolsorganisation icke lämpar sig för annat än ett visst förfarande. Om än den organisation, som vore önskvärd, af ett eller annat skäl icke kan åstadkommas, måste likväl i första rummet grunderna för själfva rättegångsförfarandet undersökas, för att finna det *mål,* hvartill man bör syfta. Det är till en sådan undersökning vi nu öfvergå. Det är gifvet, att här icke kan blifva fråga om en uttömmande behandling af alla hithörande processregler; vi inskränka oss till de punkter, som kunna sägas vara af principiel natur, d. v. s. bestämmande för rättegångsförfarandets allmänna karakter.

Till en början hafva vi då att bestämma parternas och Domarens verksamhet för det gemensamma målet. Vi hafva dervid att först undersöka, inom hvilket område parterna ega bestämningsrätt inom processen, och huru vida en sådan uteslutes af ett allmänt intresse — motsatsen mellan *dispositions-* och *officialprincipen.* Derefter följer att bestämma Domarens ställning till

parterna — skilnaden mellan *förhandlings-* och *undersöknings-metoden.* Dernäst kommer frågan om *parternas förpligtelser* i processuelt hänseende. Sedan vi nu sålunda funnit, hvilken ställning tillkommer Domaren, hvilken parterna, gemensamt och hvar för sig, skola vi behandla frågan om pröfningen af det material, som blifvit i processen infördt — reglerna för *bevispröfningen* — samt om den lämpligaste formen för förhandlingen inför Rätta — betydelsen af *offentlighet* och *muntlighet.* Till sist skola vi undersöka, under hvilka förutsättningar och i hvilken omfattning ändring må kunna sökas i ett af domstolen gifvet beslut — *rättsmedel-systemet.*

II.

Om parternas dispositionsrätt i Civilprocessen.

Processen ett rättsförhållande; dess karakter.

Hvarje rättegång afser att genom dom få bestämdt ett mellan parterna tvistigt rättsförhållande. Sjelfva denna process framträder för juristen som ett nytt rättsförhållande, i hvilket närmast Domaren och parterna uppträda som berättigade och förpligtade personer, med gemensam uppgift att bringa tvisten till ett riktigt och snabbt afgörande. De handlande personernas rätt och pligt bestämmas af detta rättsförhållandes karakter. Och denna är dubbel. Rättegången har å ena sidan till uppgift att skaffa parterna deras enskilda rätt, och parterna böra derför ega frihet att efter sin vilja bestämma om dess gestaltning, på samma sätt som de i öfrigt kunna genom öfverenskommelse skapa rätt sig emellan. Från partens synpunkt sedt skulle statens uppgift icke vara någon annan än att se till, att *möjlighet* bereddes de rättsökande att på lämpligaste sätt komma till målet, staten skulle endast tillhålla Domaren och hvardera parten, såsom pligt mot den andra, att befordra detta syfte; af parten sjelf finge det bero, om han ville begagna sig af denna rätt eller derifrån afstå. Parternas vilja skulle för processens hela gestaltning vara bestämmande. Till en viss grad är detta också fallet. Men processförhållandet har tillika en offentlig karakter, det är fråga om en rättsskipning under *statens* ansvar och genom dess embetsmän; och det är derför gifvet, att staten också i fråga om sättet för rättegångens utförande har ett intresse att taga till vara, och att det derför icke kan tillåtas parterna att begagna Domaren som ett viljelöst verktyg i sin hand. Vilja parterna icke få tvisten löst genom statens

biträde, står det dem fritt att vända sig till skiljemän[1]) eller söka uppgörelse på annan enskild väg; men vädja de till statens myndighet, få de äfven finna sig i, att staten bestämmer, på hvad sätt rätt skall skipas. En *rent* konventionel process kan icke gifvas inför Domstol. De regler, som processlagen gifver angående förfarandet inför Rätta, äro derför dels sådana, som endast bestämma *parternas* inbördes rättsförhållande till hvarandra, dels också sådana, som betingas af rättegångens uppgift att vara en *statens* rättsskipande verksamhet. Reglerna af förra slaget, hvilka endast gifva parterna vissa rättigheter, medgifva dem också befogenhet att inrätta sig på annat sätt, om de vilja; men de regler, som skola trygga rättsskipningens offentliga karakter, gifva parterna intet utrymme att annorlunda bestämma. Vi skola nu se till, huru långt denna parternas dispositionsrätt sträcker sig, i hvilken mån den inskränkes genom detta offentliga intresse.

Parternas rätt att förfoga öfver tvistens föremål.

Grunden till parternas bestämningsrätt i processen är, såsom nämndt, deras rätt att förfoga öfver föremålet för tvisten; af denna deras rätt följer en viss befogenhet att också bestämma sättet att utkräfva eller försvara detsamma. Häri ligger den karakteristiska olikheten mellan tvistemål och brottmål. För staten kan det aldrig vara likgiltigt, huruvida dess straffrätt tillämpas eller icke — det är *samhället*, som fordrar straff å brottslingen, men också endast å honom; den enskilde kan det icke tillåtas att efterskänka förtjent straff eller att åtaga sig oförskyldt. Här *måste* samhället se till, att den materiella rätten förverkligas — att den brottslige dömes och den oskyldige frias. Annorlunda i civilprocessen. Den makt, den enskilde medborgaren under rättens hägn förvärfvat mot annan, kan han underlåta att utöfva, om han vill, han kan uppgifva den helt och hållet eller till en del, likasom å andra

[1]) Angående förfarandet inför skiljemän gifvas vissa stadganden i C. P. O. §§ 851 ff., Ö. F. §§ 689 ff., C. Pr. art. 1003 ff. Att äfven angående ett sådant förfarande lagstadganden kunna gifvas, beror deraf, att skiljedomen bör kunna genom statens biträde befordras till verkställighet, och staten derför är befogad att för sådan verkställighet uppställa vissa vilkor. Jmfr N. Uts. L. § 46.

sidan det icke kan någon förmenas att underkasta sig annans rättsliga makt utan att dertill vara pligtig. Staten har intet intresse att påtvinga någon en rätt, som han ej vill ha, eller att hindra honom att bortskänka den, han vill afstå; detta är hans ensak. Det gifves visserligen, såsom längre fram skall närmare uppvisas, rättstvister enskilde emellan, af hvilkas utgång äfven samhället är intresseradt och der detta intresse derför äfven *mot* parterna måste tillvaratagas; men såsom regel gäller, att i tvistemål parterna ega en oinskränkt rätt att förfoga öfver föremålet för processen. Denna rättighet kan naturligtvis äfven under sjelfva rättegången utöfvas. Lika litet som parterna kunna tvingas att börja rättegång, lika litet kunna de tvingas att fortsätta densamma; de kunna nedlägga målet, när de vilja. Det står vidare part fritt att icke göra anspråk på hela den rätt, som tillkommer honom, antingen så, att han begär mindre än han kunde, eller så, att han afstår från åberopande af en rättsgrund, på hvilken det framstälda anspråket kunde stödjas. På samma sätt kan part underkasta sig ett obehörigt anspråk genom att direkt medgifva yrkandet eller genom att afstå från anförande af en grund till befrielse derifrån. I alla dessa hänseenden är parternas vilja Domarens rättesnöre, när helst och på hvad sätt den gifver sig tillkänna. Giltigheten af sådana handlingar bestämmes efter rent civilrättsliga grunder och faller icke under processlagstiftningens omedelbara reglering. [1])

Af dispositionsrätten öfver tvisteföremålet följer en viss bestämningsrätt äfven i fråga om processen.

Af denna rätt att förfoga öfver tvisteföremålet följer, såsom sagdt, en viss befogenhet att bestämma äfven öfver rättegångens utförande. När rättegångsordningen gifver regler, som endast afse att lemna bägge parterna fullständig tillgång att häfda sin rätt, måste det lemnas åt partens eget skön, om han vill påkalla tillämpning af dessa regler eller icke. Först när dessa regler

[1]) I processlagen kunna likväl bestämmelser gifvas angående parts rätt att oaktadt medgifvandet äska dom (C. P. O. § 278, Ö. F. § 423, R. B. XX: 2); angående rättegångsombuds befogenhet att medgifva motparts yrkanden (C. P. O. §§ 77, 79, Ö. F. §§ 103, 104, D. F. §§ 62, 68).

skola på samma gång eller uteslutande skydda ett offentligt intresse, upphör parternas dispositionsrätt. Frågan är således denna: hvilka processuella regler äro af förra slaget, hvilka af det senare, hvilken är gränsen mellan det enskilda och det offentliga intresset i rättegången? Ett allmängiltigt svar på denna fråga torde icke kunna gifvas, och svaret gifves ock på olika sätt af olika lagstiftningar; det måste alltid i någon mån vara beroende af det sätt, på hvilket de för rättskipningen afsedda myndigheterna äro anordnade, och af de fordringar i fråga om sättet för målens behandling, hvilka af denna anordning betingas. I det följande afse vi icke att gifva en uttömmande framställning af ämnet, utan endast att framhålla de vigtigaste af hithörande frågor.

Prorogationsrätten.

Fästa vi oss först vid rättegångens anhängiggörande, så äro parterna helt naturligt icke fria i valet af den statsmyndighet, hvars biträde bör anlitas; rättstvist kan endast vid *Domstol* handläggas. Men äfven i fråga om valet af den Domstol, till hvilken målet bör hänskjutas, ega parterna icke oinskränkt bestämningsrätt. Först och främst gäller det, att om staten ordnat domstolarne i en följd af instanser, det icke kan tillåtas parterna att öfverhoppa en lägre Domstol och genast vända sig till en högre; derigenom rubbas instansordningen. Men mellan domstolar i första instans medgifves det parterna en större frihet att välja; den så kallade *prorogationsrätten* är i främmande lagstiftningar i ganska stor utsträckning erkänd. De regler angående Domstols behörighet, hvilka processlagen uppställer, *kunna* visserligen vara grundade derpå, att en viss domstol bör antagas vara i tillfälle att lättare och säkrare än en annan handlägga och pröfva ett visst slags mål, och i sådant fall skulle det vara att onödigtvis öka svårigheten af rättsskipningen, om det tillätes parterna att vända sig till en annan, för hvilken pröfningen är förenad med större omgång och besvär; likaså kan det för tredje mans rätt vara af vigt, att alla tvister angående vissa rättsförhållanden behandlas vid en viss Domstol, så att der säker upplysning angående desamma må kunna vinnas. Men i det stora flertalet fall kan icke ett sådant företräde hos

en Domstol framför hvarje annan antagas vara för handen; och då reglerna angående behörig domstol i dessa senare fall äro gifna endast med hänsyn till partens, vanligen svarandens, beqvämlighet, anses det ock böra stå parterna fritt att vända sig till en annan. Häremot kan visserligen invändas, att den likformiga fördelningen af rättsskipningsarbetet mellan domstolarne sålunda kan komma att rubbas och rättsskipningens jemna och snabba gång äfventyras. Den utländska lagstiftningen har emellertid icke tillmätt denna farhåga den praktiska vigt, att den ansett sig derför böra inskränka prorogationsrätten; af de skäl, vi nyss anfört, uppställes i några fall, t. ex. vid tvist angående fastighet, en viss domstol såsom *uteslutande* behörig, men i öfriga fall ega parterna fritt bestämma, hvar de vilja hafva saken behandlad. [1] Denna prorogationsrätt gäller närmast underdomstolar af samma slag; en annan fråga är den, huruvida parterna få välja äfven mellan enmansdomstolar och kollegiala. Då dessa domstolar äro på olika sätt inrättade och äfven förfarandet är olika ordnadt just med hänsyn till den olika beskaffenheten af de mål, som vid de ena eller andra beräknas förekomma, har man här ansett prorogationsrätten böra lida någon inskräkning. Såsom regel medgifver väl den *tyska* rätten [2] äfven här en sådan rätt, men den *franska* rätten [3] utesluter i detta fall prorogation helt och hållet och det *danska*, likasom det *österrikiska* förslaget tillåta den endast med

---

[1] C. P. O. § 38: Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz wird durch (ausdrückliche oder stillschweigende) Vereinbarung der Parteieu zuständig; § 40: 2: Die Vereinbarung ist unzulässig wenn für die Klage ein ausschliesslicher Gerichtsstand begründet ist. Liknande stadgande Ö. F. § 58. D. F. § 31 medgifver obegränsad prorogation. Den franska rätten medgifver prorogation, när domstolens behörighet är bestämd »à raison personnelle», men icke när den grundas »à raison de la matière» (C. Pr. art. 170); men full öfverensstämmelse saknas i fråga om, hvilka behörighetsgrunder skola anses vara af ena eller andra slaget.

[2] C. P. O. §§ 568, 594, 606, 617, 629 innehålla undantag.

[3] C. Pr. art. 170; äfven i detta hänseende råder dock osäkerhet i teori och praxis.

en viss begränsning. [1]) Enligt vår gällande rätt äro bestämmelserna om laga Domstol af offentlig natur; prorogationsrätt medgifves icke, »utan att Konungen finner skäl gifva der lof till» (R. B. X: 11). Lagförslagen tilläto den i större utsträckning; vid skriftliga aftal kunde svaranden utfästa sig att svara angående aftalet vid annan Domstol, än der han hade sitt hemvist (R. B. X: 7); och äfven utan sådan föregående utfästelse kunde parterna öfverenskomma om Domstol i alla mål, utom i fråga om konkurs, arf, giftorätt och boskilnad, om äktenskapsskilnad och vid tvister om fastighet (R. B. x. 34).

Frågan om stämnings nödvändighet.

Reglerna angående *stämnings* innehåll, tiden och sättet för dess delgifning till motparten, äro gifna uteslutande i dennes intresse och grunda för honom en rätt, från hvilken han kan afstå. Huruvida stämningen bör på förhand meddelas äfven Domstolen, är en fråga, hvarå svaret är beroende deraf, huruvida annars hinder kan möta för en tillfredsställande handläggning af målet från Domstolens sida, eller huruvida Domstolens arbetssätt är sådant, att utan ett dylikt meddelande rubbning i arbetsordningen kan inträda. Den tyska lagstiftningen anser en sådan delgifning behöflig endast i de mål, som handläggas vid de kollegiala Rätterna; »die Klage» skall der, likasom de i öfrigt mellan parterna vexlade skrifter, på förhand meddelas Domstolen. Vid enmansdomstolarne åter, der målen antagas vara af enklare beskaffenhet, få parterna utföra sin talan utan att Rätten på förhand fått kännedom om saken (C. P. O. §§ 233, 461). Motsvarande stadgande innehåller det *österrikiska* förslaget (§§ 277, 460). Det *danska* förslaget (§ 172) gifver parterna rätt att, utan föregående stämning, endast efter anmälan infinna sig inför Rätten, framställa sina yrkanden och begära, att saken må företagas till behandling. Den *franska* rätten låter rättegången vid de vanliga Domstolarne inledas genom

---

[1]) D. F. § 8 tillåter prorogation från de kollegiala Rätterna till enmansdomstolarne, men ej omvändt. Ö. F. § 19 utesluter prorogation principielt endast i de »geringfügige Streitigkeiten», hvilka afdömas *utan appell* af enmansdomstolarne.

en »ajournement», hvilken icke meddelas Rätten; men innan saken förhandlas, tillhör det parterna att vid ett Domstolssammanträde »donner ses conclusions», d. v. s. gifva en kort framställning af sina yrkanden och de grunder, på hvilka dessa stödjas; vid fredsdomstolarne kunna parterna utan all slags förberedande åtgärd infinna sig inför Rätta och omedelbart utföra sin talan. Efter vår rätt kan rättegång icke börjas, utan att stämning utfärdats af Domaren eller hans ombud. Lagförslagen deremot tilläto parterna, att, om de derom voro öfverens, utföra sin talan utan föregående stämning (R. B. XI. 1).

Dispositionsrätten i fråga om sättet för målets handläggning.

Detta angående förberedelserna för rättegången. Gå vi nu öfver till målets *handläggning* vid Domstolen, anmärka vi först, att vissa formella hinder kunna möta för rättegång om saken, och dessa omständigheter kunna dels vara sådana, att de grunda en rätt för svaranden att undandraga sig den rättegång, käranden vill påtvinga honom, dels ock af den beskaffenhet att målets upptagande rent af skulle strida mot god rättegångsordning; i senare fallet kunna parterna icke öfverenskomma att icke desto mindre låta saken hafva sin gång.

Processhindrande invändningar.

Frågar man sig nu, hvilka processhinder äro af ena eller andra slaget, så besvaras denna fråga af olika rättsordningar ganska olika. Såsom »processhindrande invändningar» af publik natur upptager C. P. O. § 247 följande omständigheter: att saken icke hör under Domstols behandling, eller att Domstolen icke är behörig samt att part saknar befogenhet att sjelf utföra sin talan — hvad frågan om Domstolens behörighet angår, endast der prorogationsrätt icke finnes.[1]) Enligt vår gällande rätt kan hit hänföras äfven den omständigheten, att saken är anhängig vid annan Rätt eller att den redan genom dom afgjorts; lagstiftaren har tagit hänsyn till det för rättsskipningen nedsättande deri, att stridiga domar om samma sak kunde af Domstolarne gifvas, och bjuder derför Domaren att å embetets vägnar sådant förhindra.

[1]) Liknande stadganden Ö. F. § 285. — Den franska rätten skiljer icke strängt mellan formella och materiella invändningar (C. Pr. Artt. 174—186) och bestämmer ej särskildt, hvilka af de förra skola anses angå »l'ordre public».

I den utländska rätten är icke denna synpunkt på samma sätt beaktad. Enligt fransk rätt skall icke Domstolen af egen drift taga hänsyn till en laga kraft vunnen dom eller till sakens anhängighet. Den tyska rätten, hvilken icke innehåller något allmänt stadgande angående Domarens skyldighet att beakta processuella regler, kan icke derför antagas hafva lemnat i parternas skön att åberopa eller afstå från den förra af dessa invändningar, men den betraktar den icke såsom hinder för rättegång, utan såsom invändning i saken; den senare deremot tillhör det parten att framställa.

Regler angående förfarandet. Reglerne angående sjelfva förfaringssättet förete samma dubbelhet; vissa af dem äro sådana, att de fordra ovilkorlig tillämpning, andra deremot icke. Såsom regler af förra slaget kunna vi framhålla bestämmelserna om Domstolens sammansättning, om domarejäf, om rätt att uppträda som rättegångsombud, om formen för förhandlingarne, om skyldighet för part att använda sakförare samt om formerna för rättsmedels användande; här *måste* processlagens stadganden tillämpas. Likaså kunna parterna icke hindra Domaren att i rättegången vidtaga de åtgärder, som han för beredande af ordning och öfversigt af förhandlingarne samt för vinnande af största möjliga tidsbesparing för Domstolen pröfvar lämpliga.

Det kan ifrågasättas, i hvad mån parterna böra ega rätt att bestämma om rättegångens påskyndande eller förlängande. Det är gifvet, att det icke kan tillåtas parterna att *onödigtvis* upptaga Domstolens tid med anföranden eller bevisning, som icke höra till saken eller äro alldeles öfverflödiga. Men det processmaterial, som verkligen inverkar på saken, kan naturligtvis med större eller mindre skyndsamhet förebringas, grunder, invändningar och bevis kunna tidigare eller senare anföras, och derigenom rättegångens fortkomst påskyndas eller uppehållas. Att *parten* bör ega rätt att förhindra motparten från att obehörigt utdraga rättegången, ligger i sakens natur, och rättegångslagen måste gifva honom utväg att sådant förebygga. Men det kan med skäl sättas i fråga, huruvida stadganden för rättegångens påskyndande böra

anses gifna endast i partens intresse, så att det ankommer blott på honom att fordra deras tillämpning. Väl kan det icke sägas, att staten har intresse af att bringa en rättegång till snarare slut, än parterna sjelfva önska; men såvidt som ett försenadt handlande från parternas sida vållar oordning och tidsutdrägt äfven i Domstolens arbete och derigenom menligt inverkar på rättsskipningens gång i det hela, måste det anses såsom ett statsintresse att förekomma sådant. Den utländska lagstiftningen, likasom vår rätt, står ock i det hela på denna ståndpunkt. Parterna ega visserligen rätt att uppskjuta en utsatt förhandling, naturligtvis med rätt för Domstolen att bestämma ny tid derför, de kunna öfverenskomma om att låta rättegången tills vidare afstanna. [1]) De kunna vidare förlänga eller förkorta de frister, som för processhandlingars företagande äro bestämda, såvida icke det är fråga om frist för användande af ett rättsmedel [2]). Deremot synes det icke i allmänhet böra tillåtas parterna att eftergifva de påföljder, som för *försummelse* af en processhandling, t. ex. edgång, inkallande af vittnen, ed äro stadgade.[3]) Icke heller synes det

---

[1]) C. P. O. §§ 205, 228. Ö. F. §§ 187, 247. Enligt tysk och fransk rätt varder detta fallet äfven när begge parterna uteblifva (C. P. O. § 228. 2, Ö. F. § 247, Décrét de $^{30}/_{3}$ 1808 Tit. I Sect. 3, Tit. II Sect. 3.); dock stadgar den franska rätten att, om saken icke förhandlas å den derför ånyo bestämda tid, Rättens Ordförande kan vägra att åter företaga densamma. Enligt det danska förslaget medför begge parternas utevaro sakens afskrifning. (D. F. § 290.) Genom den efter tysk rätt parterna medgifna frihet att utan anmälan på förhand låta en utsatt förhandling bortfalla, vållas mycken ojemnhet i rättsskipningsarbetet — den ena dagen kunna alla de utsatta målen fullföljas, den andra kan halfva antalet, såsom det heter, »circumduceras» och sammanträdet sålunda blifva mycket kortvarigt. I Frankrike vållas härigenom ingen olägenhet, emedan målen från början icke utsättas till en viss dag, då saken ovilkorligt skall behandlas, utan allt som de inkomma uppföra så en lista (le rôle) och efter sin ordning på denna till behandling uppropas, i följd hvaraf uppskof med en sak genast gifver rum för en ny.

[2]) C. P. O. § 202, Ö. F. § 187. Äfven i fråga om rättsmedelsfrister lemnas parterna bestämningsrätt, då fristen beräknas för delgifning af den öfverklagade domen och denna delgifning, såsom C. P. O. § 288 föreskrifver, besörjes af parterna; det står dem då öppet att uppskjuta denna. Enligt Ö. F. delgifvas deremot domar genom Domstolens egen försorg (§ 437).

[3]) Jfr C. P. O. § 208, Ö. F. § 193.

böra öfverlåtas ensamt åt parten, att påkalla tillämpning af de stadganden, som afse att hindra ett försenadt andragande af processmaterial och sålunda förekomma upprepade förhandlingar i saken. Då vi i annat sammanhang angifva de medel, lagstiftaren för detta syfte använder, skola vi finna, att det allmänna intresset här icke med full skärpa fasthållits.

Dispositionsrätten i fråga om utredning och pröfning.

Härmed hafva vi sökt gifva en öfversigt af parternas dispositionsrätt i fråga om förfarandets yttre gestaltning. Det återstår oss att undersöka, i hvilken mån de ega bestämma äfven öfver sakens utredning och pröfning. Utredningen skall gå ut på anförande af grunder för de å ömse sidor framstälda yrkandena och af upplysningar, egnade att gifva Domaren en bestämd öfvertygelse angående de framstälda grundernas sanning eller falskhet; pröfningen afser att bedöma det anförda materialets sanning och rättsliga verkan. Att nu parterna ega rätt att sjelfva bestämma, hvilka rättsgrunder de vilja åberopa, är redan förut sagdt; frågan är här den, huruvida parterna ega rätt att ensamma bestämma, hvilka upplysningsmedel böra få användas, och att föreskrifva Domaren, huru han skall bilda sitt omdöme om hvad som är sant och rätt. Man kunde såsom skäl för en sådan tillämpning af dispositionsrätten anföra, att, då föremålet för tvisten icke vidkommer någon annan än parterna, dessa ock borde ega frihet att, om de ville, framkalla ett oriktigt afgörande af tvisten. Lika litet som staten förhindrar, att de omedelbart bortgifva sina rättigheter, lika litet borde den sköta om, att de på sådant sätt medelbart uppgåfve dem; det ena är lika litet samhällsvådligt som det andra. Denna synpunkt är otvifvelaktigt riktig; men den är icke afgörande för frågans besvarande. När parten anlitar statens rättsskipning, får detta icke ske blott för att sätta Domarens logiska skarpsinnighet på prof, för att af honom få uttalad en slutsats, byggd på vissa godtyckligt bestämda förutsättningar; Domarens hela verksamhet måste hafva karakteren af rättsskipning, och han måste derför *sjelfständigt* och oberoende af parternas föreskrifter få bestämma sitt omdöme, ej mindre om hvad som är sant, än om hvad som

är rätt. Dispositionsrätten får icke inskränka denna Domarens sjelfständighet.

Deraf följer emellertid ingalunda, att parternas vilja här är utan all betydelse. Det ankommer på parten att fordra bevis eller icke; endast i det fall, att bevis fordras, har Domaren att pröfva, huruvida den uppgifna grunden är sann eller icke. Fordrar parten icke, att den skall bevisas, då påkallar han icke Domarens pröfning af denna punkt, och i sådant fall är Domarens sjelfständighet naturligtvis icke heller inskränkt. En åberopad rättsgrund behöfver bevisas, icke derför att den i sig sjelf är mindre sannolik — ofta nog är just det motsatta fallet — utan derför att den, som åberopat den, vill beröfva motparten en rätt, som denne antingen faktiskt besitter eller till hvilken han ådagalagt en föregående befogenhet. Den så kallade bevisskyldigheten [1] — hvars närmare begränsning måste för särskilda slag af rättsförhållanden bestämmas — innebär ingenting annat, än att af två parter den har en fördelaktigare ställning, som besitter eller som visat en föregående rättslig befogenhet att besitta, än den som angriper den andre. Det är tydligt, att den part, hvilken vi för korthetens skull vilja kalla den besittande, kan uppgifva denna befogenhet lika väl, som han kan uppgifva rätten sjelf. Han begränsar i sådant fall föremålet för Domarens pröfning. *Disposition i fråga om bevisskyldigheten.*

Denna betydelse har *erkännande* [2] under vissa förutsättningar inom civilprocessen. Det är visserligen sant, att ett af parten gjordt erkännande här, likasom inom straffprocessen, innebär ett skäl att antaga, att den erkända omständigheten är sann, ty ingen ljuger gerna till sin egen nackdel. Från denna synpunkt betraktas erkännandet i 1734 års lag (R. B. XVII: 36). Men detta *Betydelsen af ett erkännande i civilprocessen.*

[1]) Jmfr härom nedan under V:te Afdelningen.

[2]) Vi skilja — ehuru visserligen utan att kunna stödja oss på ett bestämdt språkbruk — mellan *medgifvande* (»Anerkenntniss»), hvarigenom en part godkänner ett framstäldt yrkande, och *erkännande* (»Geständniss»), hvarigenom han förklarar sig icke vilja bestrida en faktisk uppgift, utan att han derför behöfver godkänna det derpå grundade yrkandet.—Vi kunna här icke inlåta oss på skilnaden mellan ett erkännande inför och utom Rätta, utan afse i det följande endast det förra.

är icke den enda betydelse, som i civilprocessen tillkommer ett erkännande; det kan der uppträda icke endast som ett bevisdatum, utan ock som en dispositionsakt. För erkännandets verkan inom civilprocessen kan man icke fordra — och fordrar man icke heller inom vår rätt — detsamma som inom straffprocessen; erkännandets betydelse af disposition och af bevismedel grundas på olika förutsättningar, hvilka väl kunna samtidigt förefinnas, men som ock kunna falla åtskils. Ett rättegångsombuds erkännande af ett factum gäller sålunda i tvistemål, icke i brottmål; ett erkännande af en omyndig person kan vara ett godt bevismedel, men har ingen betydelse såsom disposition. I första hand har derför Domaren att i fråga om ett erkännande fästa sig vid dess dispositiva karakter; finnas förutsättningarne för en giltig disposition, har han icke att undersöka, om det erkända factum också är sant — det erfordras i sådant fall intet bevis. En sådan disposition är inom civilprocessen fullt befogad; staten har intet intresse att realisera den materiella rätten *mot* parternas vilja, att få reda på sanningen, när parterna icke begära den; Domarens sjelfständighet är här det enda hindret för deras dispositionsrätt och denna inskränkes ej derigenom, att hans pröfning icke påkallas. Så uppfattas också erkännandets betydelse af den nyare rätten. C. P. O. § 261 föreskrifver: *Die von einer Partei behaupteten Thatsachen bedürfen insoweit keines Beweises als sie im Laufe des Rechtsstreits von dem Gegner — — zugestanden sind.* [1]) Äfven lagförslagen intaga denna ståndpunkt (XXI: 2 R. B.): »genom eget erkännande gör man», säger Lagkommittén, »bevisningen öfverflödig, d. v. s. man befriar vederparten från skyldigheten att bevisa det erkända factum.»

Inskränkning i erkännandets verkan. Det synes dock, som borde partens rätt att genom erkännanden begränsa Domarens pröfning icke utan all inskränkning medgifvas. Det bör icke tillåtas parterna att begagna statens rättsskipning så-

[1]) Jfmfr Ö. F. § 294. Den franska rätten behandlar erkännandet under bevismedlen (C. Civil Art. 1356), men tillägger det i sjelfva verket betydelse af en disposition.

som medel att få rent fingerade rättstvister lösta. Är derför Domaren *öfvertygad*, att ett erkännande är osant, så att det erkända factum är diktadt, då synes han böra tillbakavisa partens begäran om hans biträde för att på sådan grundval skipa rätt. I detta fall — men endast i detta — kommer dispositionsrätten i strid med Domarens ställning. Denna synpunkt är icke utan praktisk vigt. På grund af densamma tillerkänna vi först och främst Domaren rätt att sätta sig öfver ett erkännande, som är orimligt eller som notoriskt är osant. Men om ett osant erkännande icke bör få gälla såsom grund för dom, då bör man ock tillåta part att bevisa, att det är osant, och derigenom tillintetgöra dess verkan; fasthåller man strängt erkännandets betydelse af disposition, kan det icke af denna grund, utan endast i följd af dispositionens ogiltighet häfvas. Den uppställda satsen leder sålunda till en rätt för part att återkalla ett erkännande, om han bevisar att det är osant — en regel, som af vår gällande rätt och af lagförslagen erkännes, men som för den utländska lagstiftningen är främmande. [1])

Vi hafva sålunda funnit, att parterna kunna genom sin disposition inskränka föremålet för Domarens pröfning; han kan icke i denna sin egenskap fordra bevis, der parten icke begär det. Men *om* parten fordrar bevis, om de åberopade faktiska omständigheterna äro mellan parterna tvistiga, då synes partens rätt att bestämma vara uttömd och Domarens befogenhet vidtaga. Skall han gifva ett omdöme, får icke parten föreskrifva honom, huru han skall bilda det. Han måste göra det sjelfständigt, d. v. s. med ledning af statens lag och eget förstånd och samvete.

Dipositionsrätten i fråga om den rättsliga pröfningen af saken.

Till en viss grad är detta också allmänt erkändt. På pröfningen af *rättsfrågan* kunna parterna icke utöfva någon inverkan; Domaren tillämpar *sin* uppfattning af gällande rätt vid bedöman-

[1]) C. Civ. art. 1356 gör återkallandet beroende endast af dispositionens ogiltighet: l'aveu ne peut être révoqué à moins qu'on ne prouve, qu'il a été la suite d'une erreur de fait. C. P. O. § 263 fordrar för återkallandet bevis *både* derom att erkännandet föranledts af misstag *och* att det är osant — en fordran, som icke heller från dispositionssynpunkten är hållbar. Ö. F. § 294: 3 medgifver större frihet.

det af det stridiga rättsförhållandet, äfven om parterna skulle vara öfverens om en annan uppfattning af densamma. Han är här i en annan ställning, än i fråga om den faktiska delen af frågan. Han är vanligen okunnig, om hvad som är sant, till dess han af parterna upplyses; han kan derför döma mot sanningen, utan att handla mot sin öfvertygelse. Hvad rätt är *skall* han veta, och han kan derför icke lägga någon annan uppfattning än sin egen till grund för domen, utan att uppgifva sin sjelfständighet. Men härmed är ock öfverensstämmelsen i åsigter slut. Man tillägger vanligen parterna rätt att i viss mån bestämmande inverka på bevispröfningen, likasom på samlandet af det bevismaterial, på hvilket Domaren skall stödja sin öfvertygelse. I begge dessa hänseenden anse vi parternas dispositionsrätt obehörig.

Dispositionsrätten i fråga om bevispröfningen.

Hvad först bevispröfningen angår, så gifvas, såsom framdeles skall närmare uppvisas, i processlagarne vissa regler för denna, hvilka mer eller mindre inskränka Domarens frihet. Dessa regler måste naturligtvis hafva till uppgift att göra pröfningen pålitlig, dess resultat riktigt. Men om så är, kan det icke tillåtas parterna att befria Domaren från dessa inskränkande band eller pålägga honom andra. Sådana regler borde, synes det oss, påkalla ovilkorlig tillämpning, oberoende af parternas vilja, såsom gifna för Domaren, icke för parten. I vår rätt, likasom i den utländska lagstiftningen, se vi emellertid äfven på detta område parterna tilläggas dispositionsrätt. Ehuru lagen förklarar vissa personer, såsom mindre trovärdiga, icke böra få vittna, tillåter den parterna att uppgifva jäfvet [1]) och tvingar Domaren att betrakta ett bevismedel, som från lagens egen synpunkt är bristfälligt, såsom vore det fullgiltigt. Nu är det visserligen sant, att dylika lag-

[1]) R. B. XVII, 14, Lag-B. R. B. XXIII, 12. Den i gällande lag Domaren medgifna rätt att »ändå pröfva, om det ske må», torde i tvistemål icke hänföra sig till andra, än de så kallade absoluta jäfven — vansinne, minderårighet — men ej till dem, som grunda sig på vittnets ställning till saken eller personen, en inskränkning, som Lagförslagen uttryckligen stadgade. — Den franska rätten hyllar samma grundsats, då den gör jäfvens tillämpning i de flesta fall beroende af partens »reproche». C. Pr art. 283.

stadgade inskränkningar i Domarens pröfningsrätt, såsom längre fram skall visas, äro olämpliga, och att Domaren bör från dem befrias; men sådan befrielse bör han erhålla af lagen sjelf, icke af parterna. Deras *vilja* är i detta hänseende betydelselös, ehuru visserligen det *vitsord*, som parten lemnar genom att uppgifva jäf, kan och bör utöfva inflytande på Domarens uppfattning af personens trovärdighet. Likaså synes det oss vara obehörigt att låta parterna *ensamma* bestämma, att ed icke skall affordras ett vittne (R. B. XVII: 17, 26)[1]), ehuru väl ett bemödande att minska bruket af ed kan vara befogadt. Ett bevismedel, som särskildt synes beherskadt af dispositionsprincipen, är den så kallade bjudna eden, hvilken i vår rätt är af föga betydelse (R. B. XVII: 34), men i den utländska har en vidsträckt tillämpning. Domarens öfvertygelse synes derigenom göras beroende af, huruvida en mellan parterna öfverenskommen ed aflägges eller icke. Denna öfverenskommelses innehåll *kan* emellertid uppfattas så, att parten, under förutsättning att den föreslagna eden aflägges af motparten eller att han sjelf deråt brister, afstår från att *fordra bevis*. Bygger man institutet på en sådan grund, kan mot detsamma från denna synpunkt ingen anmärkning göras: genom edsanbudet endast begränsas föremålet för Domarens pröfning, men derigenom påläggas honom icke godtyckliga band.

Ega parterna bestämma bevismaterialets omfång?

Det återstår oss att undersöka, huruvida parternas dispositionsrätt är bestämmande i fråga om bevismaterialets samlande. I allmänhet anser man att så är; parterna ega ensamma att bestämma, hvilka bevismedel de till upplysning i saken vilja använda. Att de böra ega frihet att anföra allt, som kan tjena till upplysning, kan naturligtvis icke sättas i fråga; men tillämpningen af dispositionsrätten på detta område leder till, att de skulle vara befogade att hindra Domaren från användande af en källa till upp-

[1]) Jmfr C. P. O. § 356, D. F. § 212, Ö. F. § 385. Enligt C. Pr. är edgång ovilkorlig. — Det danska förslaget tillåter äfven parterna bestämma, att vittnen må höras inför annan domstol, än den som skall döma i saken (D. F. § 203). En sådan disposition medgifver icke den tyska rätten (C. P. O. § 340). eller det österrikiska förslaget (§ 369).

lysning, hvilken han finner sig böra anlita, och att de skulle kunna tvinga honom att icke taga hänsyn till upplysningar, som redan meddelats under rättegången. Äfven denna uppfattning anse vi vara oförenlig med den ställning, som tillkommer Domaren. Det är visserligen sant, att parten, om Domaren i detta hänseende finge bestämningsrätt, kunde komma att underkastas uppoffringar för bevisföringen, hvilka han sjelf anser öfverflödiga eller i förhållande till ändamålet alltför betungande. Men deri måste han finna sig, då han begär Domarens omdöme om sin rätt. Domaren måste då ega full frihet att bestämma, hvilka medel till upplysning han anser tjenliga, och att tillgodogöra sig dem; vill parten ej underkasta sig sådant, må han afstå från att anlita Domarens biträde. Deraf följer naturligtvis icke, att Domaren skall vara *förpligtad* till verksamhet i detta hänseende; då staten icke har något omedelbart intresse af föremålet för tvisten, är samhället icke heller omedelbart intresseradt af, att rättegången leder till ett materielt riktigt resultat. Det är sålunda icke *nödvändigt* och, såsom vi framdeles få tillfälle visa, icke ens *lämpligt*, att Domaren på egen hand efterforskar bevis. Hvad vi här hafva velat framhålla är endast den grundsatsen, att parterna icke ega *rätt* att förhindra Domaren från begagnande af något medel till upplysning om de faktiska omständigheter, hvarom parterna tvista, och att, om man inskränker Domarens befogenhet i detta hänseende, sådant icke är en nödvändig tillämpning af parternas dispositionsrätt. Vi finna också denna inskränkning i dispositionsrätten vara af den utländska lagstiftningen så till vida erkänd, som det icke tillåtes parterna tvinga Domaren att bortse från ett redan förebragt bevismaterial. [1]) Men antager man detta, synes man icke kunna undgå att erkänna sjelfva den grundsats, vi här uppställt.

Motsatsen mellan det enskilda och det allmänna intresset bestämmer icke gränsen mellan parternas och Domarens verksamhet.

Härmed hafva vi hunnit gränsen för vår undersökning af dispositionsrättens allmänna betydelse i civilprocessen. Vi hafva grundat den begränsning, vi gifvit densamma, på det offentliga intresse, som alltid måste vid statens rättsskipande verksamhet till-

[1]) Jmfr Ö. F. § 292: 3, C. P. O. § 258.

varatagas, äfven mot parternas vilja; äfven civilprocessen beherrskas icke enväldigt af *dispositions*principen, dennas tillämpning inskränkes af en annan — den så kallade *official*principen. Men den gräns, vi sålunda sökt uppdraga mellan parts- och statsintresset i rättegången, sammanfaller ingalunda med gränsen mellan Domarens och partens verksamhet. Om än parterna ega rätt att i vissa fall bestämma, utesluter detta icke möjligheten, att Domaren kan handla *för* dem och i deras intresse, när de icke uttalat en motsatt vilja; från *denna* synpunkt möter ett sådant biträdande förmynderskap intet hinder. Å andra sidan följer, såsom vi nyss framhållit, af Domarens rätt i fråga om sakens utredning icke någon *skyldighet* för honom att derför vara verksam. Frågan om Domarens och parternas inbördes ställning är derför en annan, än frågan om dispositionsrätten.

Tvistemål der dispositionsrätten är utesluten.

Såsom vi redan vid början af denna undersökning anmärkt, har icke dispositionsrätten tillämpning i alla tvistemål. Det gifves sådana af den beskaffenhet, att samhället är intresseradt äfven af föremålet för tvisten. Detta är fallet först och främst i fråga om äktenskaps upplösning. Det tillhör staten att se till, att icke äktenskapets band slites, utan att sådana omständigheter äro för handen, att en fortsatt äktenskaplig sammanlefnad skulle strida mot äktenskapets ändamål. Å andra sidan bör staten icke tillåta, att ett äktenskap, som endast är det till namnet, må ega bestånd. Dessa mål intaga derför en annan ställning än öfriga tvistemål. I den utländska rätten är för dem stadgadt ett rättegångsförfarande, som i större eller mindre mån afviker från det vanliga. [1]) Af bestämmelserna för detta förfarande är för oss här endast den af intresse, som i dessa mål utesluter dispositionsrätten — medgifvanden och erkännanden gälla endast som bevismedel, parterna kunna icke välja Domstol, icke eftergifva ed, i regeln icke bjuda hvarandra sådan. [2]) Enligt vår rätt behandlas dessa mål i den för tvistemål vanliga ord-

[1]) C. P. O. §§ 568—592, Ö. F. §§ 633—651, D. F. §§ 399 — 407, C. civ. art. 180—202, (229—274), 306—311, C. Pr. 875—881.

[2]) Jmfr C. P. O. § 577 Ö. F. § 638:6, D. F. § 404. C. civ. art. 307.

ning. Men att dispositionsrätten i dessa mål är utesluten, erkännes genom den i K. Kung. $^{5}/_{12}$ 1798 gifna föreskriften, att eget erkännande om horsbrott icke är tillräcklig grund för upplösning af äktenskap; deremot inrymmer den praxis, som numera på grund af 13: 4 G. B. utbildat sig i fråga om skilnad för egenvilligt öfvergifvande, i sjelfva verket åt makarne en rätt, som icke står tillsammans med dessa måls offentligt-rättsliga karakter. — Åfven i fråga om en till myndig ålder kommen persons rätt att råda öfver sig och sitt gods gäller detsamma; staten bör tillse att den, som är ur stånd att vårda sitt eget, erhåller förmyndarevård, men han bör å andra sidan icke tillåta, att medborgarens frihet obehörigt inskränkes eller förmyndarevård onödigtvis anlitas. I allmänhet behandlas också dessa frågor under särskilda, från den vanliga civilprocessen afvikande former; [1]) och för detta förfarande gäller i afseende på dispositionsrättens uteslutning, hvad nyss blifvit sagdt om äktenskapsmål.

[1]) C. P. O. §§ 593—627, D. F, § 409—420, C. civ. art. 489—512, C. Pr. art. 890—897. Österrikiska Förslaget, likasom vår gällande rätt, föreskrifver för dessa frågors behandling icke processuella former.

III.

Förhandlings- och Undersökningsmetod.

Sedan vi sökt bestämma gränsen mellan det offentliga och det enskilda intresset i civilprocessen, öfvergå vi nu till en framställning af *Domarens* rätt och pligt. Hans ställning kan icke betecknas dermed, att han eger tillvarataga det offentliga intresset i rättegången; hans verksamhet *kan* gå längre, den kan också vara mer inskränkt. Dispositionsrätten angifver endast det område, inom hvilket *parternas* vilja är bestämmande för processens gestaltning; men det är, såsom ofvan är antydt, möjligt att äfven inom detta område tillägga Domaren ett initiativ, som visserligen upphör genom en från parternas sida uttalad vilja, men som ända tills en sådan vilja uttalats medgifver honom full handlingsfrihet. Han uppträder i sådant fall såsom parternas biträde. Det är vidare *möjligt*, att för upprätthållandet af det offentliga intresset i rättegången anordna ett särskildt organ, som i densamma deltager *jemte* parterna och Domaren. Det gifves visserligen fall, der vården om detta intresse helt naturligt tillhör Domaren såsom sådan, men det gifves också andra, der det kan vara lämpligt att han skiljes från all befattning dermed. Så se vi i den nyare straffprocessen, huru statsintresset tillvaratages genom offentliga åklagare och försvarare, men icke af Domaren; och en sådan anordning är, såsom vi skola finna, ej heller främmande för civilprocessen.

Domarens ställning icke bestämd genom dispositionsrätten och dess begränsning.

Frågan om Domarens ställning är sålunda icke afgjord genom en undersökning af gränserna för dispositionsrätten. Denna fråga måste besvaras med hänsyn till det *ändamålsenliga;* den kan uppställas så: hvilken sjelfverksamhet bör tilläggas Domaren för att

Frågan om Domarens verksamhet bör besvaras med hänsyn till det ändamålsenliga.

rättegångsordningens uppgift *bäst* skall fyllas? Denna fråga har historiskt besvarats på tvenne alldeles motsatta sätt; dels har man velat åt Domaren bevara endast uppgiften att döma, under det att det ansetts vara parternas sak att förelägga Domaren det material, som skall bedömas; dels har man uppdragit åt Domaren att med parternas biträde utreda saken och, när han fått materialet samladt, gifva dom på grund af den utredning han verkstält. Man har i förra fallet i rättegången tillämpat *förhandlings*metoden eller -principen, [1]) i det senare *undersöknings*metoden. Den nyare processlagstiftningen hyllar allmänt den förra metoden; den senare har i civilprocessen blifvit fullt genomförd endast i den bekanta »Allgemeine Gerichtsordnung» af 1793.

Förhandlingsmetoden antagen af den nyare lagstiftningen.

Företrädet mellan de olika metoderna kan ej absolut bestämmas.

Skall nu företrädet mellan den ena och den andra af dessa metoder afgöras, är det af vigt att framhålla, att företrädet dem emellan icke kan ovilkorligt bestämmas; tillämpning af den ena metoden är att föredraga endast under vissa förutsättningar, utan hvilka dess användning ingalunda leder till målet. Ingendera är sjelf ändamål, begge äro de endast medel att förverkliga processens allmänna uppgift, och företrädet beror af, hvilkendera under gifna förutsättningar är det bästa.

Staten är icke likgiltig för den materiella rätten, äfven i tvistemål.

Rättegångsordningens främsta uppgift är, såsom vi sett, att söka bereda ett materielt riktigt resultat af rättegången. Detta gäller icke mindre för civilprocessen, än för straffprocessen. Det kommer visserligen samhället icke vid, huruvida den enskilde *vill* begagna sin rätt eller icke, men det kan aldrig vara staten likgiltigt, om den, som vill hafva sin rätt, får den eller ej, när han begär den; det måste betraktas som ett svårt missförhållande, om rättegångssättet är sådant, att den berättigade mot sin vilja går miste om det rättsskydd, han behöfver. Det tillhör derför staten att se till, icke blott att möjlighet finnes att få rätt, utan också att icke på partens verksamhet ställas så stora anspråk, att han icke förmår uppfylla dem, och att han sålunda, genom oförmåga

[1]) Vi begagna benämningen förhandlings*metod*, emedan frågan gäller icke hvad som är *nödvändigt*, utan hvad som är *lämpligast*.

att utföra sin sak, förlorar det, som han rättvisligen borde få. En rättegångsordning, som genom en eller annan anordning förde till ett sådant resultat, vore ovilkorligen förkastlig.

Det kunde nu synas, som låge just det bästa skyddet mot ett sådant oafsigtligt vanvårdande af parternas intressen i att anförtro åt Domaren att sörja för dem begge, att taga saken fullständigt om hand, sjelfständigt undersöka, hvad som vore sant och rätt, och derefter gifva eller neka part, hvad han begärde. En sådan anordning är emellertid olämplig. Den pålägger Domaren uppgifter, som till sin natur äro oförenliga. Ett är att uppsöka alla de omständigheter, som kunna anföras för en viss uppfattning af saken och att derur draga de slutsatser, som för parten äro tjenligast, ett annat att med oförvillad blick och allsidigt pröfvande skärpa bedöma hvad som blifvit förebragdt. Domaren varder, om han skall utföra begge dessa uppgifter, äfven med den bästa vilja, lätteligen partisk, han bildar sig i förtid ett omdöme i saken och söker ovilkorligt att genom den utredning, han skall verkställa, vinna stöd för den uppfattning, han sålunda fått. En opartiskhet, som i sjelfva verket skall bestå i partiskhet för *båda* parterne är omöjlig, den inverkar ovilkorligt menligt på domarekallets utöfning. Och äfven från parternas synpunkt är en sådan anordning otillfredsställande. Parten ensam besitter den kännedom om saken, som är för utredningen nödvändig, det egna intresset är ensamt mägtigt att med erforderlig styrka framhålla de omständigheter, som till partens förmån kunna åberopas, och att utan onödig omgång föra saken till slut. Partsintresset bör vara den ledande kraften vid utförandet af partens talan.

Undersökningsmetoden ålägger Domaren oförenliga uppgifter.

Den är äfven från parternas synpunkt olämplig.

Om vi sålunda måste anse rättegången böra grundas på förhandlings-, icke på undersökningsmetoden, bör detta icke ske hvarken ovilkorligt eller obegränsadt. Domarens verksamhet bör inskränkas, endast om parterne kunna antagas vara i stånd att tillvarataga sin rätt; der detta icke är fallet, der måste det anses vara bättre att gifva Domaren en verksamhet äfven utöfver de för densamma afmätta gränser, än att låta den goda rätten ligga vind

Begränsning af förhandlingsmetodens tillämpning.

för våg. Och i alla händelser bör Domarens ställning icke inskränkas till ren overksamhet; förhandlingsmetodens tillämpning fordrar blott, att han icke i rättegången får en uppgift, som gör intrång på hans egentliga kall och som endast parterna sjelfva kunna rätt fylla. Den förra af dessa synpunkter leder till att förhandlingsmetodens tillämpning bör inskränkas, der icke parterne äro understödda af rättskunnige biträden, *advokater*, den senare tillåter Domaren att, äfven med bevarande af förhandlingsmetoden, utöfva en vidsträckt så kallad *processledande verksamhet* för befordrande af processens ändamål.

Efter dessa allmänna anmärkningar angående de rätta synpunkterna för frågans bedömande, gå vi att undersöka, huru med tillämpande af förhandlingsmetoden Domarens och parternes verksamhet i rättegången bör begränsas. Förhandlingsmetodens första regel är då den, att statens rättsskydd gifves endast när det påkallas och endast till den utsträckning, det begärts.[1]) Domaren får icke tillägga part annat eller mer, än part sjelf begär; han bör icke blott vara inskränkt till de yrkanden, parterne framstält, men äfven vara förhindrad att taga hänsyn till andra grunder för dessa yrkanden, än dem parterna åberopat. Denna regel kan icke omedelbart härledas ur parternas dispositionsrätt; med denna skulle det fullt låta sig förenas, om Domaren för parten påpekade, hvad han med fog kunde yrka och hvilka rättsgrunder kunde föra till det afsedda målet. Men en sådan verksamhet skulle göra Domaren till part och beröfva honom den upphöjda ställning, han bör gent emot begge parterna intaga. Derför skall han icke gå utom den ram för rättegången, som parterna utstakat, eller under rättegången tillerkänna parterna rättegångsförmåner, som de icke äskat. Denna regel är erkänd ej mindre i vår rätt än i främmande lagstiftning, och den gäller såväl för den första, som för högre instanser.[2]) Men Domaren bör vid tolkandet af partens

Domaren får ej gå utöfver parts yrkande.

---

[1]) »*Nemo iudex sine actore*», »*ne eat iudex ultra petita partium*».

[2]) Här gäller regeln, att ändring ej kan gifvas *mot* den ändringssökande — »*Nulla reformatio in pejus*».

uttryckta vilja förfara utan formalistisk stränghet; der ett yrkande kan anses enligt partens afsigt innefatta ett annat, der bör Domaren icke vara förhindrad att dertill taga hänsyn. Enligt den utländska lagstiftningen har Domaren sålunda rätt att tillerkänna part rättegångskostnad, [1]) oaktadt han icke begärt sådan — en bestämmelse, som väl grundar sig på den uppfattning af denna ersättning, att den endast återgifver, hvad det kostat att få den rätt eller frihet erkänd, hvilken parten kräft eller försvarat och hvilken domen stadfäst, men ingalunda utgör ett straff eller en skadeersättning i vanlig mening; när part begär rätten sjelf, fordrar han ock detta nödvändiga tillbehör.

Domaren skall icke vara verksam för parternas räkning.

Öfvergå vi härefter till sakens processuella behandling, så fordrar förhandlingsmetoden i allmänhet, att det skall vara *parterna* som handla, men icke Domaren. [2])

Åtgärder för processens inledande och fortgång.

Hvad då först beträffar de åtgärder, som afse att befordra rättegångens framfärd — besörjande af kallelser, delgifning af stämningar och beslut m. m. — så kan det väl icke sägas, att om Domaren härmed toge befattning, detta skulle på något sätt rubba hans opartiska ställning i rättegången, under det att deremot genom en sådan medverkan från Domarens sida parterna vunne trygghet, att dessa åtgärder verkstäldes med den punktlighet och noggranhet, som för deras giltighet vore nödig. Men det kan å andra sidan sägas, att en sådan rent mekanisk verksamhet, om än vigtig, likväl är allt för underordnad för att den skulle påläggas Domaren, hvars tid och krafter böra bevaras för högre uppgifter; Domarekallet bör *hållas rent* från allt, som derför är främmande.

Detta är den *franska* rättens ståndpunkt i denna fråga. Domaren är i detta hänseende fullkomligt passiv, han tager befattning med saken, endast när parterna derom framställa begäran, och hans befattning med målet upphör, så snart han gifvit sitt beslut, detta må nu vara, huru förberedande som helst. Att vidtaga de åtgärder, som erfordras för processens öppnande och fortgång, är parternas sak

[1]) C. P. O. § 279:2, Ö. F. § 428:2, D. F. § 271.

[2]) *Ne procedat iudex ex officio.*

— stämningen är en helt enskild kallelse, med hvilken Rätten icke har något att skaffa, delgifning af kallelser och beslut under rättegången besörjes af parterna, hvilka för detta ändamål använda en särskild af Domstolen oberoende tjensteman, *huissier*. Genom denna anordning är visserligen Domstolen befriad från en mängd betungande sysslor, men i stället kommer rättegången lätteligen att utdragas. Frister äro väl i lag stadgade för de särskilda åtgärdernas vidtagande, men dessa bestämmelser tillämpas endast på parts begäran och då rättegången ledes af advokater, hvilka måste i detta hänseende visa ett tillmötesgående, som de sjelfve i sin tur behöfva, äro dessa bestämmelser till ingen nytta.

Den *tyska* lagen intager i detta hänseende en förmedlande ställning; den söker att lätta Domstolens arbetsbörda, men på samma gång sörja för rättegångens säkra och snabba fortkomst. Domstolen utsätter tid för sakens första behandling, genom bestämmelse å stämningen (§ 193), likasom för dess fortsatta handläggning, när uppskof är nödigt (§ 127: 3), ehuru, såsom förut är sagdt, parterna ega rätt att begära annan tid eller låta förhandlingen hvila. Delgifning af handlingar samt kallelser besörjas, under iakttagande af föreskrifna former, af parterna genom en »*Gerichtsvollzieher*», motsvarande den franska »huissier» (§ 152 ff.), eller genom advokater, der sådana föra parternas talan (§ 181). Endast der Domaren på egen hand utsätter förhandling, skola parterna af Domstolen kallas [1]) (§ 294). Beslut, som icke afkunnats vid Rättens sammanträde, delgifves genom Rättens försorg (§ 294), inkallande af vittnen och sakkunnige samt infordrande af handlingar i offentligt förvar besörjes af Rätten sjelf (§§ 342, 367, 397), och utan hinder af parternas utevaro upptages bevis å derför utsatt tid (§ 332).

De *österrikiska* och *danska* förslagen ansluta sig i det hela till det tyska systemet [2]). Vår rätt inskränker Domstolens verksamhet

[1]) Undantagsvis kan delgifning på begäran besörjas af Rätten. C. P. O. §§ 182—190.

[2]) Ö. F. §§ 134—173 ff. D. F. §§ 108—124. Att enligt det österrikiska förslaget domar tillställas part genom Domstolens försorg, är ofvan (sid. 19 not [2]) anmärkt.

till bestämmande af tid för förhandling, men låter icke i något fall Domstolen vidtaga de åtgärder, som äro nödvändiga för processens fortgång. Allt sådant är parternas enskilda sak; för delgifning kunna de, *om de vilja,* anlita de genom Kongl. Förordningen den 10 Augusti 1877 införda stämningsmän.

Målets handläggning vid Domstolen.

Fästa vi oss nu vid sättet för målets handläggning inför Rätta, så bör äfven här gälla, att parterna äro de som handla, icke Domaren. Men de få icke handla med oinskränkt frihet, Domaren utöfvar ett visst kontrollerande inflytande. En sådan processledning är ingalunda något brott mot förhandlingsmetoden, rätt fattad; den är tvärt om just grundad i Domarens ställning och för att upprätthålla denna nödvändig. Det tillhör honom sålunda att se till, att de regler för rättegången, hvilka äro gifna i ett offentligt intresse, också upprätthållas, att ordning och skick iakttages inför Rätta, att icke Domstolens tid onödigtvis tages i anspråk. [1]) Han bestämmer den ordning, i hvilken parterna få yttra sig, han skiljer frågor, som icke höra tillsammans, och förenar dem, som icke böra skiljas, han kan uppskjuta en frågas behandling, till dess en annan är afgjord, han förhindrar part att andraga, hvad som icke hör till saken, han eger afsluta förhandlingen, när han finner saken tillräckligt utredd, han kan förbjuda den, som icke är i stånd att redigt yttra sig, att uppträda, han kan genom föreskrifter och straff utöfva rättegångspolis. Alla dessa befogenheter göra intet intrång på hans domarekall, och främmande rätt, likasom vår egen, tillerkänner honom en sådan magt. [2]) Längst går, i fråga om denna så kallade processkorrektion, den franska rätten, hvilken tillägger Domstolen en allmän så kallad *souveraineté*, d. v. s. rätt att utan vidare tillbakavisa processmaterial, hvilket visserligen angår saken, men hvars anförande Domstolen finner hafva obehörigt uppskjutits eller anser antagligen endast komma att onödigtvis förlänga rättegången. [3]) Särskild be-

Domarens processledning i formelt hänseende, förberedande af ordning.

[1]) Jemför härom ANNERSTEDT, *Om Domarens processledande verksamhet,* Stockholm 1875.

[2]) C. P. O. §§ 127, 136—140, 143: 2; Ger. Verf. Gesetz. §§ 177—185; Ö. F. §§ 213, 216—221, 223—226; D. F. §§ 56, 81, 93, 99, 102—105.

[3]) Jmfr D. F. § 180: 3. »Retten kan modsætte sig Benyttelsen af et Bevis, hvis Tilvejebringelse vilde medføre en uforholdsmæssig Udsættelse af Sagen.» Likaså N. U. § 49.

tydelse har denna art af processledning för genomförandet af ett muntligt rättegångssätt, och vi återkomma derför i annat sammanhang till densamma.

Domarens verksamhet för sakens utredning.

Denna Domarens verksamhet är emellertid rent negativ eller formel; det återstår att undersöka, huruvida det bör tillåtas Domaren utöfva någon verksamhet för att äfven direkt befordra ett materielt riktigt afgörande — utreda sakens rätta sammanhang. Det är synnerligen i detta hänseende, som förhandlingsmetodens anhängare velat pålägga Domaren väsentliga inskränkningar eller döma honom snart sagdt till overksamhet. Den formalistiska stränghet, med hvilken man här tillämpat förhandlingsmetoden, har väl ytterst berott på den uppfattningen, att då parterna ega disponera öfver föremålet för tvisten, må det ock bero endast af dem sjelfva att bestämma, hvilka medel de för ändamålet vilja använda. Häremot kan likväl, äfven med antagande af synpunktens riktighet, anmärkas, att en begäran om rätt väl med fullt skäl kan anses innefatta en begäran äfven om det biträde, som för rättsskyddets meddelande erfordras — i följd hvaraf en medverkan från Domarens sida för sakens utredning kan anses vara af parten medelbart äskad. Men för öfrigt är denna Domarens verksamhet, såsom vi förut sökt visa, oberoende af partens derom uttryckta vilja; parten är icke ens befogad att beröfva Domaren de upplysningar, han anser nödiga för fastställande af det omdöme, som af honom begäres. Om sålunda partens dispositionsrätt icke pålägger Domaren någon begränsning i detta hänseende, återstår det att afgöra, i hvilken mån en sådan inskränkning kräfves af hänsyn till Domarens egen ställning.

Domarens verksamhet för fastställande af tvistens föremål.

Man är numera allmänt ense om att tillägga Domaren ett starkt initiativ i fråga om fastställandet af *tvistens föremål;* allt som kan tjena att bereda tydlighet och fullständighet åt parternas framställningar och göra uppfattningen af desamma klar och riktig, allt sådant faller inom Domstolens behörighetsområde. Den vigtigaste af Domarens befogenheter i detta hänseende är rätten att fråga; genom lämpliga frågor skall han söka åstadkomma, »att oklara yrkanden förtydligas, att bristfälliga faktiska framställningar fullstän-

digas och tillgängliga bevismedel angifvas, öfverhufvud att alla förklaringar afgifvas, som för fastställande af sakförhållandet äro af vigt»[1]. Derjemte eger Domaren vidtaga de åtgärder som för en riktig uppfattning af parternas anföranden äro nödiga: han kan föreskrifva framläggande af kartor, teckningar, stamträd m. m., låta öfversätta en å främmande språk affattad handling, och äfven genom anställande af syn förskaffa sig klarhet angående tvistens föremål[2]. Han eger slutligen bestämma, hvilka af de mellan parterna tvistiga faktiska omständigheter inverka på saken och i följd deraf böra bevisas[3]; man har till och med icke ansett det obehörigt, att Domaren på förhand yttra sig om, hvilken af parterna bevisskyldigheten ålåge[4].

Domarens verksamhet för vinnande af bevis.

Men i fråga om beviset för de å ena eller andra sidan anförda omständigheter, vilja förhandlingsmetodens anhängare strängare binda Domarens händer, så att han icke må vidtaga någon sjelfständig åtgärd för sanningens utforskande. Det bevismaterial, parterna infört i rättegången, må han begagna, och han bör söka att ur detsamma hemta all den upplysning, som deri kan finnas; men han får icke sjelf skaffa sig sådant material. Han eger fråga inkallade vittnen om, hvad de hafva sig bekant i saken,[5] han eger ånyo inkalla redan afhörda vittnen och ställa vittnena till förhör mot hvarandra (konfrontation), han kan föreskrifva att de urkunder, *som af parterna åberopats*, föreläggas Rätten, han kan infordra hufvudskrift af en handling, som företetts i afskrift, han får, der för sakens pröfning särskild sakkunskap erfordras, inhemta yttrande af sakkunnige män, han kan göra sakens utgång beroende af ed å ena eller andra sidan.

[1]) C. P. O. §. 130, D. F. § 95. Ö. F. § 214 tillåter Rätten att äfven utan användande af frågoformen fästa partens uppmärksamhet på angifna omständigheter. Äfven den franska rätten erkänner frågorätten, ehuru lagstadgande härom saknas.

[2]) C. P. O. §§ 133, 135, Ö. F. § 215, D. F. § 98 C. Pr. Art. 295. Det danska förslaget tillåter icke Rätten, att sjelf upptaga syn, ehuru den kan anbefalla sådan (§ 264.)

[3]) C. P. O. § 324, Ö. F. § 318, D. F. § 179, C. Pr Art. 254.

[4]) Detta bestämdes genom bevisbeslutet enligt den *Hannoveranska* processordningen. Jmfr. Franska Projet. art. 216.

[5]) Det danska förslaget låter, i likhet med den engelsk-amerikanska rätten, vittnesförhöret verkställas af parterna (§ 190); men detta utesluter icke Domarens rätt att fråga vittnet.

Men härmed är också, enligt den strängaste uppfattningen af förhandlingsmetoden, Domarens befogenhet uttömd; på denna ståndpunkt står det danska förslaget, likasom den gällande dansk-norska rätten med stor stränghet tillämpar förhandlingsmetoden. Öfriga nyare processlagar inskränka icke Domarens handlingsfrihet så vidt; de tillåta Domaren att, för vinnande af icke blott tydliga, men också sanningsenliga utsagor, inkalla parterna till personligt förhör, [1]) och att, der han anser utredningen i något stycke vara ofullständig, ånyo öppna förhandlingarne, ehuru saken redan öfverlemnats till dom. [2]) Hit kan ock hänföras rätten att anställa syn, hvilken ju *kan* tjena icke blott att lätta uppfattningen, utan ock att upplysa sakförhållandet.

Äfven dessa befogenheter anse vi fullt öfverensstämmande med förhandlingsmetoden, om denna icke uppfattas med en formalistisk stränghet, som dess ändamål ingalunda kräfver. Genom dylika åtgärder gör Domaren icke ingrepp i parternas rätt, och hans ställning såsom Domare förryckes derigenom på intet sätt. Det synes tvärtom kunna i fråga sättas, huruvida hans initiativ ens bör på detta sätt begränsas. Vi hafva i det föregående sökt visa, att Domaren såsom Domare måste ega rätt att äfven *mot* parternas vilja skaffa sig nödiga upplysningar, och han bör derför icke vara förhindrad att äfven *utan* särskild begäran af parterna dertill bereda sig tillgång. Men ett sådant uppsökande af bevismaterial, som icke redan i rättegången införts, måste, från den synpunkt vi här framhållit, anses *olämpligt*; en sådan verksamhet utsätter honom för missgrepp och nedsätter hans ställning. Han bör derför inskränka sig till att begagna det bevismaterial, som föreligger; men han är vid begagnandet af detsamma fullkomligt fri. Det är icke nödigt, att parterna *åberopat* en tillgänglig bevisgrund; Domaren kan ändock göra sig den till

---

[1]) C. P. O. § 132, Ö. F. § 411, C. Pr. art. 119, 428. Det danska förslaget medgifver ett sådant inkallande af parter endast på framställning af motparten § 96: 1. Det österrikiska förslaget tillåter icke att för klargörande af *tvistens föremål* inkalla parterna personligen. Motiv s. 85.

[2]) C. P. O. § 142, Ö. F. § 2222. Det danska förslaget, § 264, medgifver ock ett sådant återupptagande, men endast under särskildt bestämda förutsättningar. Jmfr. motiv. s. 120.

godo, om den icke behöfver uppsökas, t. ex. i fråga om så kallade notoriska facta, vid anställande af syn, vid inkallande af parterna till personligt förhör. Han är vid bevismaterialets begagnande icke bunden af det sätt, på hvilket parterna önskat att det skall nyttjas, han kan t. ex. fråga vittnen om annat, än hvad parterna önska få genom dem utredt, han tillgodogör sig det bevismaterial, som vid annan domstol blifvit i saken frambragt, oberoende af den framställning deraf, som parterna vid hufvudförhandlingen gifva.[1]) Det är icke parternas vilja, som *gifver* honom hans befogenhet, det är hänsynen till det lämpliga, som *begränsar* densamma. Att komma sanningen på spåren är icke blott hans rätt, men hans pligt, när hans omdöme begäres; endast i valet af medel är han inskränkt.

Den nyare lagstiftningen har uppgifvit den stränga förhandlingsmetoden.

Härmed hafva vi angifvit den ställning, som med tillämpande af förhandlingsmetoden tillkommer Domaren i rättegången.[2]) Det är den nyare processlagstiftningens stora förtjenst att hafva insett, att förhandlingsmetoden icke är ändamål, utan medel, och att hafva återgifvit Domaren den frihet, utan hvilken han icke kan verka för sin uppgift att skipa verklig rättvisa. Hvad som i främmande rätt först långsamt vunnit erkännande och som plägar betecknas såsom de nyare reformernas mest glänsande förvärf, det har hos oss varit grundadt på långvarig häfd. Aldrig har svensk lag hänvisat Domaren till den passiva roll, som lagstiftningen i Tyskland och i våra grannländer pålagt honom; och de försök i sådan riktning, som i vår praxis någon gång framträdt, hafva förblifvit enstaka. »Svenska lagskipningen», säger Lagkommittén i motiven till 22 kap. R. B., »har alltid varit för mycket öm om rättvisan för att icke vidtaga de mått och steg, hvilka kunnat leda till dess främjande». Utan tvifvel går den svenska Domaren i detta hänseende stundom för långt och ingriper i rättegången på ett sätt, som för upprätt-

[1]) C. P. O. § 258:2, Ö. F. § 292: 2, 3.

[2]) Den regel, hvilken ock plägar ur förhandlingsmetoden härledas, att Domaren icke må taga hänsyn till annat, än hvad under rättegången förekommit — »*quod non in actis, non in mundo*» — grundar sig på parternas rätt att få tillfälle yttra sig om allt, som i målet skall beaktas, och är oberoende af det sätt, på hvilket Domarens verksamhet bestämmes. Endast hvad han *såsom Domare* inhemtat, utgör material för domen.

hållande af hans ställning är skadligt. Men en öfverdrift i denna riktning är otvifvelaktigt att föredraga framför en sådan i den motsatta; och saknaden af rättskunnige biträden åt parterna gör ett visst förmynderskap för dem nödvändigt. Ty, såsom vi förut betonat — det är icke af likgiltighet för parternas rätt, som Domaren anses böra afhålla sig från att i rättegången ingripa.

Betydelsen af advokater för tillämpningen af förhandlingsmetoden.

Detta är äfven i den utländska lagstiftningen erkändt. Enligt vissa lagstiftningar till och med *fordrar* staten, att part skall i rättegången anlita biträde af advokat; man föreskrifver så kalladt advokattvång. Så fordrar den *tyska* rätten, med hvilken i det hela det *österrikiska* förslaget öfverensstämmer, att parterna i det vanliga förfarandet skola företrädas af en advokat (*Anwalt*), under det att vid enmans- och handelsdomstolarne ett sådant tvång icke ansetts kunna eller böra införas; den *franska* rätten har icke heller advokattvång i förfarandet inför fredsdomare och handelsdomstolar [1]), men ålägger parterna att i mål inför de kollegiala Domstolarne begagna biträde för målets skriftliga förberedande af en så kallad *avoué*, hvaremot anlitande af en *avocat*, för sakens muntliga framställande inför Rätta, icke är nödvändigt, om det än aldrig underlåtes. På grund häraf modifieras förhandlingsmetodens tillämpning vid enmansdomstolarne. I den *tyska* rätten utsträckes Domstolens verksamhet i de mål, der advokats medverkan icke kan förutsättas, utöfver den annars derför bestämda gräns. Det åligger Domstolen att besörja stämningens delgifning, der parten ej sjelf förklarar sig vilja bestyra derom (§ 458). Domstolen skall tillse, att parterna åt sina yrkanden gifva den rätta formen — »*die sachdienlichen* Anträge stellen» (§ 464); — när saken icke faller under Amtsgerichts behörighet, skall Domaren fästa svarandens uppmärksamhet på hans rätt att vägra att ingå i svaromål (§ 465: 2), och han skall likaledes, i fråga om urkunder (§ 468), erinra parten om påföljd af underlåtenhet att yttra sig om deras äkthet. Det *österrikiska* förslaget uppställer den allmänna regel (§ 454) för bagatellförfarandet, att »Domaren har att gifva parter, som icke äro

[1]) Vid dessa senare anlitas dock allmänt så kallade »agreés», hvilka äro att betrakta som advokater.

företrädda af advokater eller sjelfve rättskunnige, erfoderlig ledning vid företagande af processuella handlingar samt underrätta dem om de med deras handlingar eller underlåtanden förbundna rättsföljder»; och det *danska* förslaget, hvilket icke ansett advokattvång kunna öfverhufvud införas, [1]) har för bagatellförfarandet (§ 346: 2) det stadgandet, att »domaren har,» for saa vidt Parterne ikke møde ved Sagførere, at vejlede dem med Hensyn till hvilke Handlinger eller Beviser de rettest bør foretage eller framskaffe».

Så se vi, huru man funnit det vigtigare att bereda de rättsökande parterna utväg att komma till sin rätt, än att med skarp följdriktighet fasthålla förhandlingsmetoden. Men å andra sidan vill man icke under någon förutsättning tillåta, att Domaren behandlar rättegången som en undersökning. I de fall der den, som söker sin rätt, icke kan angifva en bestämd motpart, eller der denne af käranden förutsättes vara afliden — vid begäran om vittnesförhör utom rättegång eller om en persons förklarande för död — der utser Rätten en sakförare, hvilken skall tillvaratäga den frånvarandes intressen i rättegången; och der parten icke är behörig att sjelf föra sin talan, har Domstolen att se till, att en målsman för honom tillsättes [2]). Härigenom är Domaren befriad från nödvändigheten att åtaga sig hans sak.

Behandling af mål, som ej ensamt angå parterna.

Det återstår oss till sist att kasta en blick på de rättstvister, der samhället sjelft har ett omedelbart intresse af målets utgång. Der parternas dispositionsrätt är utesluten, der kan det icke tillåtas dem att utan all kontroll sjelfva utföra saken. Det låter sig nu göra, att i sådana mål öfverlåta åt Domaren att sörja för, att en fullt tillfredsställande utredning af saken vinnes och derigenom ett materielt riktigt resultat erhålles. Enligt vår rätt är detta hans uppgift — i dylika mål måste han utöfva en vidsträcktare verksamhet än i de vanliga tvistemålen. Men det är icke nödvändigt att lägga

[1]) Jmfr. § 54, Motiv s. 46.

[2]) Jmfr. C. P. O. §§ 455, 600, Ö. F. §§ 164, 330: 4, 639, 675, D. F. §§ 378, 408, 412 — I Frankrike skola alla saker, som angå omyndiga eller dem, som antagas vara frånvarande, meddelas den allmänna åklagaren (le ministère public), hvilken är skyldig att yttra sig i saken (C. Pr. art. 83: 6, 7).

denna uppgift i *hans* hand; vill man upprätthålla förhandlingsmetoden, måste man här, likasom i straffprocessen, införa medverkan af ett sjelfständigt statsorgan för detta ändamål. Detta har den *franska* rätten gjort. Vid de franska Domstolarne finnes ett sådant organ, »le ministère public», hvars egentliga uppgift är att i brottmål uppträda som allmän åklagare, men som äfven i civila mål har rätt att uppträda som »partie jointe» och »donner ses conclusions». Denna rätt att uppträda är visserligen afsedd att innebära en kontroll öfver Domstolens rättsskipning i allmänhet; men i vissa mål, deribland sådana »qui concernent l'ordre public», har denna myndighet icke blott en rätt, men en skyldighet att yttra sig, (C. Pr. Art. 83). Den *tyska* rätten, hvilken icke tillägger åklagaremagten en dylik allmän uppsigt öfver Domstolarne, har likväl i de förut omnämda »Ehesachen» infört en medverkan af åklagare, »der Staatsanwalt» — äfven i sådana fall, der han icke, såsom i fråga om upplösning på grund af ett så kalladt publikt äktenskapshinder, kan sjelfständigt uppträda såsom part. — I så kallade »Entmündigungssachen» har den tyska lagen stadgat en förberedande *undersökning* inför »das Amtsgericht» (§§ 593 ff), vid hvilken åklagaren är befogad att uppträda; beslut om personers försättande i omyndighetstillstånd öfverklagas vid »das Landgericht», och här uppträder åklagaren såsom part (§§ 607 ff.). Det *österrikiska* förslaget, hvilket icke innehåller föreskrift om förmynderskapsmålens behandling, föreskrifver i mål angående skilnad till säng och säte (§§ 633 ff.) ett förberedande förfarande inför en dertill utsedd ledamot af Rätten, hvilken undersöker saken och söker åstadkomma förlikning; men, om detta icke lyckas, öfverlemnas målet jemte den verkstälda utredningen till Domstolen. I mål angående äktenskaps upplösning (§§ 641 ff.), medverkar »der Staatsanwalt». Det *danska* förslaget slutligen innehåller — utom bestämmelse, att åklagare eger att föra sjelfständig talan om upplösning på grund af så kallade publika äktenskapshinder (§ 407) — föreskrift, att i mål om äktenskaps upplösning och ogiltighet sakförare för svarande skall förordnas, om han ej sjelf antagit en sådan (§ 401); och samma ordning iakttages äfven,

när en myndig person skall sättas under förmyndare (§ 412). Genom dessa olika föreskrifter har man sökt åstadkomma en processuel behandling af dessa mål, hvilken gifver trygghet för att det offentliga intresset icke uppoffras, utan att derför Domaren behöfver utöfva en verksamhet, som skulle menligt inverka på hans pröfning af saken.

IV.

Om parts förpligtelser i processuelt hänseende.

Parternas pligter grundas på process-förhållandet.

I det föregående hafva vi sökt uppdraga gränsen mellan det offentliga och enskilda intresset i rättegången och bestämma Domarens verksamhet. Det följer nu i ordningen att undersöka, hvilka pligter åligga parterna och på hvad sätt de tvingas att uppfylla dem. Dessa pligter åligga dem dels gent emot Domaren, dels gent emot motparten, såsom betingade af dennes rätt. De ena som de andra härledas ur det rättsförhållande, som genom sjelfva rättegången grundas, och som har till uppgift att bringa tvisten till ett snabbt och riktigt afgörande; deraf bestämmes förpligtelsens innehåll.

När uppkommer detta rättsförhållande?

Först möter oss då den frågan: när uppkommer detta ömsesidiga rättsförhållande? Enligt den äldsta romerska rätten skedde detta genom en särskild akt — *litis contestatio* — som just afsåg att grundlägga ett sådant rättsförhållande mellan parterna; förr än denna egt rum, stod saken så, som den varit före rättegångens början. Den moderna processen, mindre formalistisk än den romerska, känner icke någon sådan form för rättsförhållandets grundande. Rättegången börjar, såvidt parterna angår, genom stämningens delgifning; sedan denna egt rum i behörig ordning, äro parterna gent emot hvarandra i visst hänseende bundna, fastän Domaren, först när saken kommer inför Rätta, inträder i rättsförhållandet.

Svaranden skyldig att underkasta sig dom i saken.

Genom stämningens delgifning erhåller käranden en rätt att få sitt anspråk genom dom nu afgjordt, svaranden måste underkasta sig rättegången och det afgörande, hvartill den leder. Denna svarandens skyldighet är emellertid icke obetingad — han kan mot rättegångs öppnande göra gällande vissa invändningar. Några af dessa äro sådana, att de utgöra hinder för en behörig rättegång om saken,

och de böra då, såsom vi sett, äfven utan att svaranden åberopar dem, af Domaren beaktas; andra äro sådana, som endast gifva svaranden rätt att undandraga sig svaromål. Det senare är fallet, om icke stämningen inom behörig tid och i föreskrifven ordning delgifvits honom, eller om han är kallad till annan Domstol, än der han lagligen är förpligtad att svara, äfven om det icke är parterna förmenadt att der utföra saken. Den utländska lagstiftningen medger honom, om käranden är utländing, en sådan rätt att draga sig undan, äfven när han saknar säkerhet att få kostnaden för rättegången ersatt, om han vinner [1]) — ett stadgande, som i vår gällande rätt saknas, men som upptagits af lagförslagen (L. B:s R. B. XIV: 5). Hit för den utländska lagstiftningen också den omständigheten, att käromålet är anhängigt vid annan Domstol, då svaranden naturligtvis icke kan vara skyldig att mer än en gång och på ett ställe svara i samma sak. Att vår rätt betraktar detta förhållande från en annan synpunkt, hafva vi förut anmärkt. — På dessa skäl kan svaranden nu vägra att ingå i svaromål förr än frågan om hans skyldighet är genom dom afgjord. Genom stämningens delgifning vinner svaranden å sin sida rätt att mot kärandens fordran göra gällande de anspråk, som kunna å detsamma afräknas, vare sig detta nu må ske under form af försvar mot angreppet eller dertill är nödig en så kallad *genstämning*, hvilken i alla händelser bereder honom vissa fördelar i processuelt hänseende.

Har svaranden rätt att begära dom, om käranden vill afstå?

Det kan med skäl sättas i fråga, huruvida icke käranden efter stämningens delgifning bör anses vara skyldig att fullfölja käromålet. Sedan käranden sjelf begärt få tvisten nu afgjord, synes det, som om svaranden också borde vara berättigad att i sin ordning begära dom och derigenom trygghet för framtiden, oaktadt käranden af en eller annan anledning funne lämpligt att för tillfället nedlägga målet. Vår gällande rätt gifver härom

[1]) C. Pr. art. 166, C. P. O. § 247: 4, Ö. F. § 263; dock gifvas vissa undantag: C. Pr. art. 423, C. P. O. § 102, Ö. F. § 263 — C. P. O. § 247: 5 och Ö. F. § 285: 5 gifva svaranden samma rätt, om tvisten förut varit anhängig och ådömd ersättning för den föregående rättegången icke guldits.

ingen direkt bestämmelse, och i praxis torde en sådan rätt icke tillerkännas svaranden; vill käranden afstå, får svaranden nöja sig med ersättning för sina kostnader, men kan icke drifva saken till slutligt afgörande. Lagförslagen synas, om än icke omedelbart, hafva velat tillerkänna honom en sådan rätt. »Det kan hända», säger Lagkommittén i motiven till XV: 4 R. B., »att svaranden finner för sin säkerhet och välfärd nödigt att få slut i saken; detta bör ej kunna betagas honom, *sedan käranden en gång gjort sin talan anhängig*». Den utländska lagstiftningen har samma regel; svaranden tillerkännes rätt att vägra käranden återtaga käromålet. Men denna kärandens rätt låter den främmande lagstiftningen inträda, icke med stämningens delgifning, utan först med förhandlingen om hufvudsaken inför Rätta [1]); innan svaranden verkligen svarat i sjelfva saken, är käranden oförhindrad att återtaga stämningen. Att så bestämma den i detta hänseende afgörande tidpunkten, synes oss icke öfverensstämma med den betydelse, den nyare lagstiftningen i öfrigt tillägger stämningen. Det är visserligen sant, att det först med sakens behandling inför Rätta blir afgjordt, huruvida svaranden är pligtig att inlåta sig på tvisten eller icke; men då käranden icke har i sin magt att fritt välja, synes det icke heller vara skäl att gifva käranden en sådan frihet. [2]) Söker svaranden undandraga sig svaromål, kan det ju tillåtas käranden att också draga sig tillbaka. Men utan tvifvel är den angifna bestämmelsen mindre ett af billighets hänsyn föranledt medgifvande åt käranden, än ett arf från den romerska uppfattningen af »litis contestatio» såsom nödvändig för processrättsförhållandets uppkomst; äfven på andra områden af processen återfinna vi spår af denna för den moderna rätten i sjelfva verket främmande uppfattning.

---

[1]) C. P. O. § 243:1, Ö. F. § 281:1, D. F. § 100:2. C. Pr. art. 402, 403 fordrar för giltigheten af en »désistement» motpartens »acceptation», men käranden eger dock rätt att ensidigt återtaga stämningen ända till dess »l'instance est liée», hvilket i det ordinära förfarandet sker derigenom, att svaranden utser en avoué, men vid handels- och fredsdomstolarne först genom inställelse för Rätten.

[2]) I § 32 af N. U. heter det: »Søgssmaalet kan efter Stævningens Tilstillelse ikke tages tilbage, med mindre Afvisning fra Modpartens Side paastaaes.»

Genom den delgifna stämningen erhåller vidare processförhållandet mellan parterna sin slutliga begränsning; stämningen är rättegångens grundval. Det kan derför icke tillåtas käranden att utan svarandens begifvande ändra de i stämningen framstälda yrkanden; så som käranden affattat sitt påstående, bör det ock i rättegången afgöras. Han kan visserligen, om han vill ändra det, oftast hjelpa sig genom att uttaga en ny stämning; men icke sällan kan det ligga i hans intresse att få fullfölja den första stämningen — till exempel vid fall af preskription — och då varder frågan om svarandens rätt att vägra ändring af praktisk betydelse. Enligt vår rätt, der stämningen måste utgå från Domstolen, lär en sådan ändring knappt kunna ega rum utan ny stämning i målet; ändring af den ursprungliga stämningen är äfven med svarandens bifall icke tillåten [1]). Dock möter intet hinder att på ett ofta rätt förunderligt sätt »utveckla» stämningen. Lagförslagen, hvilka icke ansågo stämning ovilkorligt nödig, gjorde rätten att ändra beroende endast af svarandens medgifvande (XIV: 2R. B.) Den utländska lagstiftningen låter ock i allmänhet käranden genom stämningens delgifning blifva bunden vid de i densamma framstälda yrkanden, ehuru den icke utestänger honom från möjligheten att göra tillägg och jemkningar deri [2]).

Får käranden ändra stämningen?

Vid rättegångens utförande äro parterna dels inskränkta i sin handlingsfrihet, dels kan af dem en positiv verksamhet for-

Parterna både negativt och positivt förpligtade.

---

[1]) Jfr XXIV: 2 R. B. »Domaren skall ej gå något mål förbi, som käranden *efter stämningen* i saken framstält».

[2]) C. P. O. § 235: 3. Ö. F. § 282: 1. Det betraktas icke såsom obehörig ändring af käromålet, om den faktiska framställningen eller den rättsliga deduktionen fullständigas eller rättas, om yrkandet inskränkes eller utsträckes till bifordringar, eller om, i följd af ändrade förhållanden, annat fordras, än hvad från början begärdes (C. P. O. § 240: 2, Ö. F. 282). Deremot tillåtes det ej att åberopa en ny rättsgrund för det gjorda yrkandet. Den *franska* rätten innehåller inga uttryckliga bestämmelser angående kärandes rätt att framställa »demandes incidentes»; i praxis tillåtes det honom icke att framställa alldeles sjelfständiga nya yrkanden, men väl att förklara och utsträcka de påståenden han gjort (Art. 54). Det *danska* förslaget tillåter käranden under vissa vilkor framställa nya påståenden, ända till dess målet är öfverlemnadt (§ 168.)

dras. Det ena såväl som det andra kan betingas af motpartens eller af ett offentligt intresse. Är det förra fallet, måste motparten sjelf begära den rätt, som tillkommer honom; i senare fallet erfordras icke någon åtgärd från hans sida.

Den negativa förpligtelsen framträder dels såsom en skyldighet att vid processuella handlingar iakttaga en viss form, hvilken betingar processhandlingens giltighet, dels såsom en pligt att inom viss tid utöfva processuella rättigheter, vid äfventyr af en eller annan menlig påföljd.

Skyldighet att iakttaga form.

Formerna äro till för att bevara ordning och skick i rättegången, eller för att bereda motparten trygghet att icke blifva öfverrumplad eller hindrad i sitt försvar; i förra fallet skall Domaren öfvervaka, att de iakttagas, i senare fallet ankommer det ensamt på parten att anmärka deras åsidosättande. Formen för fullmagt är ett exempel af förra slaget, formen för delgifning af det senare. Formerna kunna, i olika rättsordningar, vexla till antal och beskaffenhet; den nyare rätten är i allmänhet mindre formalistisk än den äldre, och särskildt hyllar vår rätt i detta hänseende en fri och naturlig uppfattning. Att söka gifva en öfversigt af hit hörande bestämmelser vore utan ändamål; vi anmärka blott, att rättegångsformer icke kunna saknas, om ej rättegångens säkerhet och parternas rätt skall äfventyras, men att de ock kunna göra den goda rätten om intet, och att derför de anspråk, som i detta hänseende ställas på parterna, böra rätta sig efter deras antagliga förmåga att uppfylla dem.

Skyldighet att iakttaga viss tid.

Hvad angår parternas skyldighet att inom viss tid göra bruk af sina rättigheter, så grundar sig denna skyldighet på parternas berättigade intresse att vinna ett skyndsamt afgörande af målet och Domstolens rätt att icke behöfva på rättegången använda mer tid, än som behöfves. Detta intresse att påskynda rättegången kan nu på mer än ett sätt befordras. Vi hafva redan i det föregående antydt, hvilken betydelse i detta hänseende tillkommer Domarens processledande verksamhet. Ett naturligt medel, hvilket af den utländska rätten för detta syfte an-

vändes men som i vår praxis icke så som ske borde, nyttjas, är äfven att pålägga den part, som vållar uppskof, den deraf orsakade kostnad, utan afseende på målets utgång[1]). Man kan vidare använda det strängare medlet af *straff* för obehörigt förlängande af rättegången. Så stadgar vår rätt (R. B. XIV: 3 och XVI: 5) böter för den, som afsigtligt håller inne med invändningar eller bevis, och Domaren kan vid beviljande af uppskof förelägga vite i penningar (XVI: 6 R. B.) Äfven Lagförslagen belade med böter afsigtligt vållande af tidsutdrägt (R. B. XXXVI: 7), och äfven i den utländska lagstiftningen finna vi Domaren befogad att straffa den part, som vållat uppskof[2]).

Preklusion. Det gifves emellertid ett vida kraftigare medel för detta syfte, än de hittills nämnda. Detta medel består deri, att den part, som icke i behörig tid utöfvar en honom tillkommande rätt, förlorar densamma — han *prekluderas* från dess användande. Ett sådant prekluderande af icke utöfvade rättigheter är i civilrätten icke okändt och kan i och för sig icke anses oberättigadt. Rättssäkerheten fordrar, att den, mot hvilken ett anspråk kan riktas, må kunna undgå att ständigt sväfva i ovisshet om sin rätt. Rättegången sjelf innebär en sådan preklusion; sedan dom vunnit laga kraft, äro de invändningar, som kunna mot dess riktighet göras, för alltid afskurna. Men detta medel är farligt; tillämpas det hänsynslöst, kan det lätteligen blifva blott en formalismens

---

1) C. P. O. § 251: 2. Das Gericht kann, wenn durch das nachträgliche Vorbringen eines Angriffs- oder Vertheidigungsmittels die Erledigung des Rechtsstreits verzögert wird, der obsiegenden Partei, welche nach freier richterlicher Ueberzeugung im Stande war, das Angriffs oder Vertheidigungsmittel zeitiger geltend zu machen, die Processkosten ganz oder theilweise auferlegen. Jmfr Ö. F. § 255: 2, D. F. § 134, C. Pr. § 332.

2) Den tyska Gerichtskostengesetz § 48 stadgar: »Ist durch Verschulden einer Partei oder eines Vertreters derselben die Vertagung einer mündlichen Verhandlung oder Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung veranlasst, so kann das Gericht von Amtswegen die besondere Erhebung einer Gebühr für die verursachte weitere Verhandlung beschliessen». Då enligt det tyska systemet rättegångsafgifterna icke bestämmas med hänsyn till den tid, sakens förhandling kräfver, är denna särskilda »Gebühr» att betrakta som straff. Jfr D. F. § 150.

seger öfver den goda rätten. I den äldre tyska processen var preklusion ett i stor utsträckning användt medel att påskynda rättegången; preklusionsgrundsatsen hade der antagit formen af *eventualmaxim*, som innebar, att parterna ålades att på en gång anföra alla till samma mål ledande angrepps och försvarsmedel, äfven om de icke samtidigt, utan endast eventuelt, kunde användas, vid äfventyr att annars icke få begagna dem. Rättegången sönderföll i flere skilda afdelningar, hvar för sitt särskilda ändamål och med sin bestämda slutpunkt, och för hvar och en af dessa gälde det såsom regel, att allt skulle anföras på sin rätta plats; hvad som hörde till en afdelning, kunde icke anföras under en senare. I en rättegångsordning, hvilken på grund af det rent skriftliga förhandlingssättet faktiskt utestängde Domaren från möjlighet att ledande ingripa i rättegången, var en sådan anordning nödvändig för att bringa ordning i förhandlingarne och förekomma ett allt för odrägligt förhalande af saken. Processen iförde parterna en sinnrikt konstruerad tvångströja, som skulle hindra dem att missbruka friheten. Eventualmaximen visade sig dock besitta endast ringa förmåga att påskynda rättegången, och den förvandlade rättskipningen till en strid om former, deri den tekniska konstfärdigheten, men icke den verkliga rätten, afgick med segern.

Den nyare rätten har i detta hänseende som i andra funnit det vara en hopplös uppgift att på förhand söka beräkna det verkliga lifvets skiftande mångfald och binda den genom fasta regler; den har, genom införande af muntlig förhandling, låtit Domaren komma till sin rätt och derför också kunnat uppgifvit eventualmaximen[1]). Så länge rättegången icke är genom dom ändad, kunna parterna i regeln anföra allt, hvad de till angrepp eller försvar akta nödigt. Preklusionsgrundsatsen är emellertid ingalunda främmande för den nyare rätten. Såsom allmän regel uppställer C. P. O. § 208, att om part försum-

[1]) Såsom vi längre fram skola se, användes eventualmaximen af några lagstiftningar för att vinna koncentration i det muntliga förfarandet.

mar en processhandling, han förlorar rätten att företaga densamma och detta utan att sådan påföljd derför särskildt bestämmes (§ 209)[1]), men med rätt för honom att, der han kan visa laga ursäkt för sin försummelse, erhålla restitution. Äfven då icke viss tid för en processhandling är bestämd, äfventyrar part, genom att uppskjuta dess företagande längre än nödigt, att icke få tillfälle att anföra hvad han önskat. Den franska Domarens allmänna »souverainеté», om hvilken vi förut talat, gifver honom befogenhet att tillbakavisa processmaterial, som kan anses komma för sent och hindra målets afgörande. Den tyska rätten och det österrikiska förslaget hafva icke velat tillägga Domaren en så vidsträckt magt. Men det österrikiska förslaget (§ 211) gifver *parten* rätt att fordra, att om faktiska uppgifter eller bevismedel från motparten framkomma under omständigheter, hvilka gifva Domaren den uppfattning, att de hållits inne för att utdraga målet, detta processmaterial icke må beaktas, derest målet annars skulle uppehållas. Den tyska rätten (§ 252) anser sig böra använda detta medel endast i fråga om obehörigt dröjsmål med anförande af *försvarsmedel* från svarandens sida; mot honom kan käranden yrka preklusion, men icke omvändt.[2]) I fråga om bevismedlen äro deremot parterne likstälda; genom ett för sent erbjudande af bevis får tvisten icke uppehållas, om den andra parten sätter sig deremot (C. P. O. §§ 339, 398). Genom detta medel söker man sålunda tvinga parterna att i rätt tid anföra, hvad de vilja i rättegången hafva beaktadt. Vore den förlust, som träffade den försumliga parten, ovilkorlig, måste man likväl anse medlet olämpligt, om än för det afsedda ändamålet verksamt. Men preklusionen gäller icke för alltid. Den franska och tyska rätten medgifver parten att i högre instans anföra, hvad som i den lägre uteslutits[3]); det

[1]) Jfr Ö. F. §§ 193, 194.

[2]) Mot käranden anses ett sådant medel obehöfligt, då inskränkningen i rätten att ändra käromålet medför samma verkan.

[3]) Inträder preklusionen i denna instans, förbehålles part rätt att särskildt göra gällande de försvarsmedel, hvilka der beröfvats honom. C. P. O. § 502.

österrikiska förslaget (§ 563: 8) tillåter honom att begära ny förhandling af saken på grund af en sådan preklusion, och det danska förslaget, som tillämpar eventualmaximen, medgifver samma utväg mot rättsförlust genom preklusion (§ 327 ff.).

Men om också den nyare rätten endast med den största försigtighet tillämpar preklusionsgrundsatsen i fråga om sakens utredning, är den strängare i fråga om formella invändningar. Der part har rätt att framställa en sådan, der fordrar man att han genast han är i tillfälle dertill gör bruk af densamma; försummar han det, kan han sedermera icke framkomma med densamma. Sålunda måste svaranden innan han inlåter sig i hufvudsakligt svaromål, framställa så kallade processhindrande invändningar. Det ligger i sakens natur, att den frågan först bör afgöras, om svaranden är skyldig svara eller icke, innan man börjar behandla hufvudsaken; har svaranden redan ingått i hufvudsakligt svaromål, kan han icke sedermera göra gällande sin rätt att draga sig undan [1]). Har en formel föreskrift blifvit af part åsidosatt, och är i följd deraf motparten berättigad att klandra denna formella brist, måste anmärkning deremot göras vid nästa förhandling af saken, vid äfventyr att klanderrätten annars är förlorad [2]). Dessa bestämmelser bero *icke* deraf, att partens tystnad bör tolkas som ett godkännande, ty en sådan tolkning är rent godtycklig. Men parten har genom sin underlåtenhet att göra bruk af sin rätt, då han kunde det, visat, att hans intresse icke blifvit trädt för nära, och det bör då icke tillåtas honom att sedermera, genom att göra bruk af samma rätt, rifva upp den föregående förhandlingen. Är deremot en formel föreskrift gifven i ett offentligt intresse, säger det sig

[1]) C. Pr. art. 166, 169, 424, C. P. O. § 247: 1, Ö. F. § 287, D. F. §§ 31, 52, 174.

[2]) C. Pr. art. 173, C. P. O. § 267, D. F. § 174; Ö. F. § 307 säger: »Wenn eine das Verfahren und insbesondere die Form einer Processhandlung regelnde Vorschrift verletzt wurde, so kann eine Partei sich auf den dadurch entstandenen Mangel nur so lange berufen, als sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend darauf verzichtet hat. Ein stillschweigender Verzicht ist dann als vorhanden anzusehen, wenn die Partei sich in die weitere Verhandlung eingelassen hat, ohne den Mangel zu rügen, obgleich ihr derselbe bekannt war oder bekannt sein musste.»

sjelft, att parts underlåtenhet att göra anmärkning icke kan medföra samma verkan; sådana föreskrifter skola af Domaren utan partens åtgörande beaktas.

I vår rätt är preklusionsgrundsatsen föga använd; i en rättegång, der medverkan af rättskunniga ombud icke kan förutsättas, skulle ett strängare preklusionssystem vara förenadt med stora vådor. För rättegången vid Underrätt är eventualmaximen främmande; förfarandet bildar en odelad enhet, och så länge dom icke är gifven, kunna parterna göra bruk af sina angrepps- och försvarsmedel. Mot ett obehörigt utdragande af målet, genom försenadt anförande af hvad på saken inverkar, gifver Domarens processledning den enda hjelpen. Domaren kan, vid beviljande af uppskof, göra det vid äfventyr af preklusion (XVI: 6, XXIV: 1 R. B.); men som bekant förfara våra Domare i detta hänseende icke med stränghet. Hvad beträffar formella anmärkningar, föreskrifver lagen icke preklusionspåföljd för underlåtenhet att i tid framställa dem; och i praxis anses part, som försummat framställa en sådan anmärkning, icke ovilkorligt förhindrad att senare göra det. I fråga om Hofrättsproceduren gifvas deremot preklusiva bestämmelser i XXVII Kap. R. B. och K. Kung. d. 19 Jan. 1802. Lagförslagen gåfvo preklusiva bestämmelser angående vissa formella invändningar — mot Domarens person, mot Domstolens behörighet och mot stämningen (XIII: 1, 5, 10 R. B.) — och stadgade såsom regel, att om part icke iakttagit den för en handlings företagande utsatta tid, vidare uppskof derför icke borde medgifvas (XV: 12 R. B.). För Öfverrättsförfarandet gåfvos flere preklusiva stadganden.

Vi hafva härmed angifvit på hvad sätt parternas rättsutöfning inskränkes. Vi hafva nu att undersöka, huruvida en positiv verksamhet kan af dem fordras och, om så är, på hvad sätt den kan af dem uttvingas.

Förpligtelse till positiv verksamhet.

En förpligtelse för parterne till positiv verksamhet kan icke innebära annat än skyldighet att bidraga till ett riktigt afgörande af målet, att meddela de upplysningar och den utredning, som äro egnade att ställa saken i dess rätta ljus, äfven om en sådan

upplysning icke är nödig för häfdandet af partens egen rätt eller påkallas af partens eget intresse. En sådan förpligtelse skulle åter grunda sig på en parterna åliggande skyldighet att i rättegången meddela *sanningen;* denna pligt skulle innebära, icke blott att det vore parterna förbjudet att inför Rätta framkomma med lögnaktiga uppgifter, utan ock att part skulle kunna tvingas att meddela hela sanningen, äfven om han sjelf icke funne sådant med sitt intresse förenligt. Finnes nu icke en sådan allmän sanningspligt i civilprocessen, då kan man der icke tala om annat än en *rättsutöfning* inom vissa gränser, om en rätt att angripa och att försvara sig, men icke om några positiva skyldigheter; ty att företaga sådana åtgärder, som afse befordran af eget intresse och egen rätt, dertill finnes i de vanliga tvistemålen ingen skyldighet, derför behöfs intet tvång. Den frågan måste derför här besvaras, huruvida en sådan sanningspligt finnes eller icke.

Finnes i civilprocessen en pligt att tala sanning?

Hvarken i den allmänna meningen eller i lagstiftningen har denna pligt vunnit vederbörligt erkännande. Att ljuga inför Rätta anses visserligen icke mera hederligt än att ljuga annorstädes; men skyldigheten att der tala sanning kan icke sägas hafva inträngt i det allmänna medvetandet. »Prima regula iuris est negare», säger ju ordspråket — att bestrida, äfven hvad man vet vara sant, är första regel i all rättegång, och dertill inskränker sig ofta nog hos oss ett rättegångsombuds hela sakförarekonst. Hvar och en af parterna intager i rättegången en viss ställning, som gifver honom vissa förmåner, och denna ställning behöfver han icke uppgifva förr, än motparten drifver honom derur; han är icke skyldig lemna den, derför att han sjelf måste säga sig, att den är oberättigad, eller att sjelf öppna portarne för motståndaren. »Den ene af parterna anses ej böra vara pligtig att mot sin egen fördel gå den andra till handa med skäl, emedan det ej är förenligt med den naturliga försvarsrätten att nödgas framräcka vapen till sitt eget förderf.»

En sådan sanningspligt synes dock äfven inom civilprocessen böra anses naturlig och nödvändig. Den kan visserligen icke här

grundas på samma skäl som i straffprocessen — statens intresse af att rättegången leder till ett materielt riktigt resultat — ty, såsom vi i det föregående framhållit, är det i allmänhet staten likgiltigt, huru med privata rättigheter förfares, staten har i fråga om dem intet *omedelbart* intresse att förhindra, att parterna ljuga sig till rättigheter eller ljuga sig ifrån skyldigheter. Men sanningspligten kan på andra skäl grundas. Domarens ställning kräfver, att han må ega affordra parterne riktiga upplysningar i saken; part har ett berättigadt intresse att fordra, det motparten icke må ega frihet att, genom meddelande af oriktiga uppgifter eller genom undanstickande af sanna, missleda Domaren och sålunda bereda sig en obehörig fördel på rättvisans och motpartens bekostnad. »Liknelsen mellan striden med vapen och striden med skäl», anmärker Lagkommittén [1]) mot den ofvan anförda uppfattningen, »torde man vid närmare eftersinnande finna mindre lämplig. Den förra är en strid utom rättsförhållandet, hvari man anfaller och värjer sig bäst man kan, med både styrka och list; den senare deremot är en strid endast om *hvad som är rätt,* och alla medel, som brukas i denna strid, måste vara afpassade efter ett sådant föremål. Här gäller ej någon annan styrka än den af sanningen och lagen; kan man ej segra med den, är man oberättigad till seger.» Det vore i sanning förvånande, om part skulle ega rätt att tvinga hvarje medborgare, som står utom tvisten, att meddela hvad han vet derom, fullständigt och sant, men icke sjelf kunna förpligtas att gifva de upplysningar, som af motpartens rätt påkallas. Partens skyldighet måste i detta hänseende tvärt om vara vidsträcktare än tredje mans, då denne med skäl kan fordra att icke genom upplysningar i en annans intresse behöfva uppoffra sitt eget — en hänsyn, som icke kan gälla parterna emellan, då den enes intresse är lika beaktansvärdt som den andres. Också har, såsom vi skola se, lagstiftningen icke kunnat undgå att, i större eller mindre omfattning, erkänna sanningspligten.

---

[1]) Motiven till XXII Kap. R. B.

Hvad innebär sannings-pligten?

Undersöka vi nu närmare, hvad denna pligt innebär, så ligger deri först och främst en skyldighet för part att i sina uppgifter inför Rätta hålla sig till sanningen, att hvarken göra sig skyldig till diktade framställningar eller att mot bättre vetande bestrida motpartens uppgifter; det ena är lika lögnaktigt som det andra. Det kunde synas, som om vi härigenom upphäfde den *rätt* att bestrida, hvilken vi i det föregående ansett tillkomma den icke bevisskyldige parten. Detta är icke fallet; sanningspligten upphäfver icke denna rätt, men den inskränker dess utöfning. Den icke bevisskyldige parten har rätt att fordra bevis, innan han kan förpligtas afstå från det fördelaktiga läge, lagen gifver honom; men om han *vet,* att den omständighet, för hvilken han kunde fordra bevis, är sådan som motparten uppgifvit, då är beviset onödigt och fördelens bibehållande oberättigadt. Den gifves honom, der han vet uppgiften vara osann eller der han är okunnig om, huru saken förhåller sig; men den är icke afsedd att missbrukas till motpartens och rättvisans förfång.

Denna, så att säga, negativa sanningspligt saknar icke erkännande af lagstiftningen. Så stadgar 1734 års lag i XIV: 8 R. B. straff för den, som varder öfvertygad om att »skrifva eller tala inför Rätta det han vet ej sant vara»[1]), och i Österrikiska förslaget (§ 208: 2) åläggas det parterna att fullständigt och i *enlighet med sanningen* framställa de omständigheter, hvarpå de grunda sina yrkanden. Äfven de lagstiftningar, hvilka icke upptaga en dylik bestämmelse, få antagas tyst erkänna sanningspligten genom den befogenhet de, såsom vi förut angifvit, inrymma åt Domaren att genom sin processledande verksamhet förmå parterna att afstå från obehörigt nekande och att redogöra för sakens sammanhang. Att belägga osanningen inför Rätta med straff är emellertid i den nyare rätten icke brukligt. Är Domaren, vid bildandet af sin öfvertygelse i saken, icke bunden af inskränkande lagbud, får han

[1]) Genom K. Br. $^{27}/_{5}$ 1801 stadgades, att rättegångsfullmägtig »som talar eller skrifver det han vet ej sant vara» skulle förklaras ovärdig att som sådan vidare nyttjas.

fritt pröfva bevisningen, då kan den omständigheten, att ena parten befunnits fara med osanning, inverka bestämmande på Domarens uppfattning, då han derigenom helt naturligt drifves att betvifla sanningen af hans uppgifter äfven i andra stycken och att skänka mer tilltro till motpartens framställning än åt hans. Brott mot sanningspligten för då sitt eget straff med sig, och ett särskildt straffhot är från processuel synpunkt obehöfligt. [1]) Att lögn inför Rätta kan blifva föremål för *strafflagens* bestämmelser, är dermed ingalunda förnekadt.

Pligt att yttra sig.

Sanningspligten inskränker sig emellertid icke till denna skyldighet att icke ljuga, den innebär ock en förpligtelse att afgifva förklaringar med anledning af motpartens eller egna anföranden, och att vidtaga åtgärder för sakens upplysning. Man bör i detta hänseende göra en åtskilnad. Antingen kan parts medverkan erfordras för att bereda klarhet angående *tvistens föremål*, hvad som yrkas och hvad som bestrides, eller kan densamma begäras för att åstadkomma utredning angående *sanningen* af den ena eller andra partens uppgifter.

För fastställande af tvistens föremål kan part icke *tvingas* vara verksam; en *pligt* att förklara sig öfver motpartens påståenden kan icke uppställas. Det är partens ensak, om han vill bestrida eller icke, om han vill låta något gälla emot sig utan bevis eller icke — någon skyldighet att yttra sig härom finnes för honom ej. Lika väl som han kan erkänna, lika väl kan han underlåta att fordra bevis. Staten har ingen anledning att upprätthålla ett rättstillstånd, när icke den berättigade sjelf fordrar det och det icke är styrkt, att en ändring deri är obehörig — Domaren fordrar då intet bevis för ändringens befogenhet. Endast i fråga om sådana omständigheter, som af Domaren sjelf skola beaktas — t. ex. Domstols behörighet — kan bevis af honom kräfvas, oaktadt parten icke fordrar det, och i sådant fall gör Domaren den vidare behandlingsn af saken

[1]) Dock stadgar Ö. F. § 362: »Eine Partei, welche die Echtheit einer Urkunde in offenbar muthwilliger Weise bestritten hat, ist in eine Muthwillensstrafe zu verfällen» — en föreskrift som väl är påkallad af den omgång, som äkthetsbeviset *kan* orsaka. Samma stadgande har D. F. § 254.

beroende af, huruvida sådant bevis lemnas eller icke. Men i fråga om sjelfva hufvudsaken gäller det, att allt hvad man kan begära är, att Domaren icke må sväfva i villrådighet, *huruvida* parten bestrider eller icke; och lagstiftarne inskärpa derför den fordran, att bestridandet, för att gälla såsom sådant, skall vara *bestämdt*. Underlåter part att förklara sig, eller är hans förklaring otydlig, är följden helt naturligt den, att han icke anses fordra bevis för den i fråga varande punkten; han behandlas *på samma sätt* som hade han erkänt,[1]) icke derför att i hans tystnad ligger ett erkännande, men derför att ingen annan än han sjelf har någon anledning att fordra bevis, och han sjelf icke gjort detta. Endast derutinnan är hans ställning en annan, än om han erkänt, att han nu kan när som helst fordra bevis, under det att ett erkännande icke kan utan vidare återkallas. I fråga om förklaringens form böra deremot icke stränga fordringar uppställas — såsom t. ex. fallet är i den gällande dansk-norska rätten, der bestridandets specialitet kräfves; så snart afsigten att bestrida är klar, är detta nog för att bevara åt parten hans rätt att fordra bevis. — Vi anmärka slutligen, att det sagda gäller endast om de mål, öfver hvilka parten eger disponera; i förut omnämnda undantagsfall ankommer det icke på parten ensam att fordra bevis, och hans underlåtenhet kan derför der icke på samma sätt behandlas.

På alldeles samma sätt ställer sig saken, när parts medverkan fordras för att tydliggöra hans egna framställningar; äfven här är det icke fråga om uppfyllande af en pligt mot Domaren eller motparten, utan endast om beredande af möjlighet att be

[1]) C. P. O. § 129: Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Thatsachen zu erklären. Thatsachen welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.» Jmfr C. Pr. § 252, Ö. F. § 209, D. F. §§ 94, 97; motsvarande stadganden angående bestridande af urkunders äkthet i C. P. O. §§ 404, 468, Ö. F. § 356 —, Lagförslagen (XXI. R. B.) stadgade: »varder part af Rätten tillspord, om han erkänner eller nekar någon omständighet, som pröfvas till saken höra och hvarom han ej kan sakna kännedom, och vägrar han att derpå svara; då skall han anses som hade han erkänt den omständighet, hvarom han tillfrågad var» — en föreskrift, som Lagkommittén betecknar såsom ett »vite».

akta partens egen rätt. Parten har ju rätt att andraga allt hvad till saken hör, och att få detta af Domaren beaktadt; men det är klart, att om partens framställning är sådan, att den icke kan af Domaren tydligt fattas, skadan endast är partens egen. Något tvång mot honom att gifva dylika förklaringar eller vidtaga åtgärd för att åskådliggöra tvistepunkterna erfordras icke, och de främmande lagstiftare, hvilka gifva Domaren rätt att äska sådan upplysning, söka icke genom något tvångsmedel skaffa Domarens beslut lydnad; kan han icke förstå hvarom fråga är, kan han icke taga hänsyn till det framstälda påståendet.[1] Undantagsvis skulle för tvistemålets förtydligande kunna fordras en sådan medverkan af den part, som icke framstält det otydliga påståendet, när denne t. ex. är i besittning af en karta, som behöfs för att tydliggöra ett tvistigt områdes läge e. d. Vi tro dock icke, att i sådant fall parten har någon skyldighet att hjelpa den andre att tydliggöra dennes yrkande; kan han icke utan afseende på rättegången tvingas att utlemna handlingen, har han icke heller under rättegången någon sådan förpligtelse.[2] På sanningspligten kan en sådan icke grundas; ty frågan gäller ju icke hvad som är sant eller osant.

Först när tvistens föremål är fastställdt och det återstår att bevisa hvad som är sant, kan en sådan positiv medverkan af den ene parten i den andras intresse kräfvas. Den bevisskyldige parten sörjer blott för sitt eget intresse och sin egen rätt, när han anskaffar bevismedel i saken. Men om äfven den *icke* bevisskyldige kan tvingas att meddela upplysningar och tillhandahålla medel för sakens utredning, måste detta bero på en honom åliggande skyldighet. Och en sådan förpligtelse erkännes af alla lagstiftningar i större eller mindre utsträckning.

På mer än ett sätt kan parternas egen kännedom om saken anlitas i motpartens intresse. En form hvarunder detta sker är *värjemålseden*; den icke bevisskyldige parten tvingas att på ed förneka

[1]) D. F. § 98 gifver Domaren rätt, att om käranden vägrar framlägga de för åskådligheten nödiga medel, afvisa käromålet.

[2]) Jmfr dock D. F. § 98: 2.

en uppgift af motparten, vid äfventyr att denna uppgift annars anses vara bevisad. En annan form är den *bjudna eden*,[1]) sådan denna förekommer i den tyska och franska rätten. Den ene af parterna bjuder den andre ed öfver en viss omtvistad punkt, med den verkan, att motparten *måste* antingen beediga sin uppgift eller tillåta den som bjudit eden att aflägga denna; edsanbudet medför ett *tvång* för den part, till hvilket det riktas, att yttra sig på ed, vid äfventyr att motparten annars genom sin ed afgör saken. Enligt tysk rätt kan han undgå detta tvång genom den så kallade »Gewissensvertretung», det vill säga genom att föra ett bevis, som annars icke skulle åligga honom; enligt fransk rätt är tvånget ovilkorligt. Ännu en annan[2]) i den nyare rätten mycket använd form är partens inkallande till personligt förhör, vare sig nu detta afhörande, såsom enligt det österrikiska förslaget, sker under ed eller, såsom öfriga rättegångsordningar stadga, utan edsförpligtelse. Detta förhör kan afse dels att förmå parten afstå från ogrundadt bestridande, men dels ock att tvinga honom meddela upplysningar, som af motparten äskas eller som Domaren sjelf anser nödiga. På hvad sätt skall han nu tvingas att inställa sig och att besvara de frågor, som till honom ställas? Man kunde sätta i fråga att behandla honom på samma sätt som de utom rättegången stående personer, af hvilka upplysning deri begäres, och använda vissa yttre tvångsmedel — föreläggande af vite, såsom i vår praxis brukas, eller hemtning, som lagförslagen äfven använde (R. B. XXXVI. 3). Ett sådant tvång kan icke leda till det afsedda ändamålet — att vinna *tillfredsställande* upplysningar; men tvång är heller icke nödigt. Parten sjelf är i det hänseendet i en annan ställning än vittnen, att af partens sätt att förhålla sig slutsatser med skäl kunna dragas i fråga om sjelfva saken. Undandrager sig parten att besvara de frågor, som till honom ställas, då ligger den förmodan nära till hands, att han icke kan besvara dem till sin egen

[1]) C. P. O. §§ 416—436, C. Civ. artt. 1358—1365.

[2]) Den franska rätten (Pr art 374), känner ännu en annan, efter äldre mönster utbildad form för partens hörande — *interrogatoire sur faits et articles* — som består deri, att den ena parten till den andres besvarande framlägger skriftligt uppsatta frågor.

fördel. Att föreskrifva, att de *skola* anses besvarade till den tredskandes nackdel, [1]) är ett obehörigt ingrepp i Domarens frihet; den presumtion, som af sig sjelf inträder, är för ändamålet fullt tillräcklig, såvida nemligen Domaren är fri i pröfningen af beviset. [2]) Hvilka inskränkningar i upplysningspligten gifves, skola vi framdeles angifva.

Kan parten åläggas en ännu vidsträcktare medverkan till sanningens utredande, kan han förpligtas att framlägga bevismedel till motpartens tjenst? En sådan skyldighet kan naturligtvis icke i fråga sättas, om bevismedlen äro tillgängliga för *båda* parterna — det ligger då i sakens natur, att hvar och en får sörja för sitt intresse men ej kan åläggas onödiga uppoffringar för den andres. Ingendera parten har likväl uteslutande rätt öfver det bevismaterial, han anskaffat, han har ingen rätt att hindra, att det af motparten åberopas och begagnas; vittnen, hvilka han inkallat men från hvilkas hörande han afstår, kunna af motparten genast användas, urkunder, på hvilka parten beropat sig, kan motparten begära få i rättegången framlagda. [3]) Om i dessa fall frågan om parts pligt att medverka icke erbjuder några synnerliga svårighcter, kunna deremot olika meningar gifvas angående det fall, då ett bevismedel är i ena partens besittning, utan att vara af honom användt, och motparten fordrar, att det må ställas till dennes förfogande. Parten kan innehafva yttre föremål, genom hvilkas skärskådande upplysning i saken kan hemtas, och det kan då i fråga sättas, huruvida han är skyldig att utlemna desamma. Vill man här tillämpa sanningspligten, är det gifvet, att inga andra inskränkningar i partens skyldighet i detta hänseende kunna uppställas, än de som gälla för hans pligt att personligen meddela upplysningar. Lagstiftningen har löst denna fråga med hänsyn till det vanligen förekommande fallet — utgifvande af skriftliga urkunder; [4]) *Pligt att tillhandahålla bevismedel.*

[1]) Denna så kallade »poena confessi» var stadgad i Nordtyska processkommissionens förslag § 311.

[2]) I C. Pr. art. 330, D. F. § 97, Ö. F. § 419. 2. finnes uttryckligen uttaladt att tredska *kan* tolkas mot parten. C. P. O. innehåller intet särskildt stadgande härom.

[3]) C. P. O. §§ 364, 388, Ö. F. §§ 391, 338, D. F. § 214, C. Pr. art. 188.

[4]) I Ö. F. § 410 förekommer ett stadgande äfven angående skyldighet att tillhandahålla syneobjekt.

och vi se i olika rättegångsordningar en *editionspligt* i olika omfattning erkännas. Den *tyska* rätten, med hvilken det *österriska* förslaget öfverensstämmer, ålägger parten en sådan skyldighet endast om motparten har ett civilrättsligt anspråk på urkunden, hvilket oberoende af rättegången skulle kunna göras gällande, eller om handlingen är för parterna gemensam, d. v. s. upprättad i begges intresse eller afsedd att fastställa deras ömsesidiga rättsförhållande; [1]) har en urkund icke denna karakter, förefinnes ingen editionspligt. Det *danska* förslaget anser deremot parten skyldig att på motpartens uppfordran framlägga hvarje urkund som angår saken (§ 241, Mot. s. 115). Den *franska* rätten innehåller väl icke någon uttrycklig bestämmelse om skyldighet för parten att framlägga andra handlingar än dem han sjelf åberopat (C. Pr. art. 188), men det står parten fritt att åberopa handlingar, som innehafvas af hans motpart, och om denne vägrar att utlemna desamma, kan denna vägran åberopas emot honom och blifva af väsendtligt inflytande på sakens bedömande. Vår gällande rätt innehåller härom intet stadgande, men i praxis torde partens skyldighet att på anfordran förete handling, som tjenar till upplysning i målet, icke sättas i fråga; och Lagförslagen föreskrifva helt allmänt (R. B. XXII. 20): »åberopar ena parten skriftlig handling, som hos den andra finnes, och pröfvas den förres rätt deraf bero; vare den part, som handlingen innehafver, pligtig att den framte, der den ej annorledes erhållas kan». — Hvilken utsträckning sålunda än gifves åt editionspligten, måste man vara betänkt på medel att framtvinga dess uppfyllelse. Bestrider den part, af hvilken edition fordras, att han innehar urkunden, plägar man såsom tvångsmedel mot honom använda edgång. [1]) Vägrar eller underlåter han att framlägga handlingen, medför detta samma på-

[1]) C. P. O. § 387, Ö. F. § 337. Såsom »gemensamma» urkunder betraktas af lagen också de skriftliga förhandlingarna angående en affär, hvilka egt rum mellan parterna eller mellan dem och en mellanhand.

[2]) C. P. O. § 391, Ö. F. § 340, L. B: s., R. B. XXII. 22; D. F. använder icke ovilkorlig editionsed.

följd eller verkan, som när part underlåter att besvara till honom stälda frågor [1]).

Härmed hafva vi redogjort äfven för de förpligtelser till positiv verksamhet, hvilka i civilprocessen åligga parterne. Genom den föregående framställningen hafva vi vunnit en grund för bestämmande af de processuella grundsatser, som böra tillämpas i fråga om parts utevaro från förhandling i saken — grunderna för det så kallade *kontumacialförfarandet*. Sättet på hvilket uteblifven part bör behandlas måste nemligen varda beroende deraf, huruvida han vid det rättegångstillfälle, vid hvilket han uteblifvit, hade att uppfylla en honom åliggande pligt eller endast egde att utöfva en honom tillhörande rätt. Endast i förra fallet kan hans utevaro föras under benämningen *tredska*, som kan på ett eller annat sätt *bestraffas;* i senare fallet åter kan något tvång eller straff icke komma i fråga. I vår rätt uppställes väl den grundsats, att utevaro, såsom olydnad mot Domarens befallning att komma tillstädes, *alltid* är en straffvärd vanvördnad mot Rätten, som belägges med böter (R. B. XII: 2); men denna uppfattning torde icke kunna anses riktig och återfinnes icke i den nyare lagstiftningen. Rätten handlar icke i eget, utan i parternas intresse, han har ingen anledning att tvinga parterna att möta, derför att han för parternas räkning utfärdat en kallelse. Der icke ena partens intresse fordrar den andres inställelse, der har icke Rätten någon anledning att tvinga eller bestraffa. Den angifna grundsatsen kräfver följdriktigt, att om begge parterne uteblifva, de begge straffas, såsom också vår Lag stadgar; men en sådan bestämmelse kan icke tilllämpas, då Domstolen icke sjelf besörjer delgifning af stämningen, och sålunda i detta fall icke vet, om svaranden gjort sig skyldig till olydnad eller icke.

Förfarande mot uteblifven part.

---

[1]) D. F. § 241: 1, Ö. F. § 341, C. P. O. § 392; här föreskrifves: »Kommt der Gegner der Anordnung, die Urkunde vorzulegen oder den Eid zu leisten nicht nach, so ist, wenn der Beweisführer eine Abschrift der Urkunde beigebracht hat, *diese Abschrift als richtig anzusehen.* Ist eine Abschrift der Urkunde nicht beigebracht, so *können* die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angenommen werden.»

Frågan om tvång till inställelse eller om straffpåföljd för utevaro är sålunda en fråga, som uteslutande från *parternas* synpunkt bör bedömas; endast der den ene partens intresse fordrar, att den andre kommer tillstädes, kan ett sådant tvång vara behöfligt och befogadt. I det föregående hafva vi angifvit de fall, då ena parten kan åläggas en viss verksamhet, och vi hafva dervid redogjort för de påföljder, hans tredska kan medföra. Det återstår att undersöka, huruvida äfven i andra fall parts inställelse af en eller annan grund kunde vara af intresse och derför böra framtvingas. Vi skola dervid särskildt behandla kärande och svarande, med hänsyn till deras olika ställning i rättegången.

Såsom vi sett, eger käranden från det ögonblick, han delgifvit svaranden stämningen, rätt att få dom i saken. Detta är hans rätt, men icke omedelbart hans pligt. Uteblir han under rättegången, kunde det derför synas, som borde målet afskrifvas eller blifva beroende af anmälan, samt svaranden emellertid njuta ersättning för sina kostnader i saken. Ett sådant sätt att gå tillväga är också möjligt; det är det enda riktiga, om man medgifver käranden rätt att mot svarandens vilja återtaga käromålet. Men, såsom vi i det föregående sökt visa, svaranden bör genom stämningens delgifning erhålla ett berättigadt anspråk att få tvisten genom slutlig dom afgjord, och denna rätt kan lika litet genom kärandens utevaro, som genom hans uttryckliga afstående från målet, svaranden betagas. Yrkar han dom, bör han få den. Har käranden aldrig varit vid Rätten tillstädes, är det då naturligt, att han dömes anspråket förlustig, ty han har icke fört den bevisning, svaranden är berättigad att fordra [1]); uteblir han vid ett senare rättegångstillfälle, varder utgången beroende deraf, huruvida det han förut i saken förebragt är tillräckligt att stödja hans framstälda yrkande. I intetdera fallet är hans utevaro att betrakta såsom tredska, i intetdera finnes något behof af en straffpåföljd.

[1]) Vi afse här det vanligaste fallet — att svaranden bestrider den åberopade rättsgrunden; erkänner han denna, men framställer en invändning, skall frågan bedömas efter samma regel, som när käranden infunnit sig, men svaranden uteblifvit.

Betrakta vi åter svarandens ställning, så eger han från början rätt att fordra bevis för de uppgifter, käranden åberopar; och, såsom vi sökt visa, det beror i de vanliga tvistemålen ensamt af honom sjelf, om han vill göra bruk af denna rätt eller icke. Har han icke fordrat bevis, då finnes för Domaren ingen anledning att göra det, såvida icke Domaren skall uppträda som hans förmyndare och för hans räkning begära, hvad han sjelf icke äskar. Men ett sådant förmynderskap bör vara främmande för civilprocessen. Om svaranden uteblir och lemnar kärandens uppgifter obestridda, tager Domaren dessa för goda — såvida de icke påtagligen äro oriktiga — och lägger dem till grund för dom i saken. Att så sker, är helt naturligt, då bevis icke begäres; deri ligger icke någon straffpåföljd, intet »presumeradt» eller »fingeradt» erkännande. Man skulle möjligen kunna tycka, att sjelfva anspråket, såsom obestridt, med lika skäl borde af Domaren godkännas. Men detta skulle strida mot Domarens rätt att sjelfständigt tilllämpa lag; han ensam eger afgöra, huruvida anspråket är lagligen grundadt på de facta, käranden anfört. För att svaranden må kunna på detta sätt behandlas, förutsättes det emellertid, att han är skyldig inlåta sig på rättegången och att han haft kännedom om kärandens åberopade grunder; är detta icke fallet, har han icke haft anledning att yttra sig om motsidans påståenden och kan då icke på grund af dem dömas. Har svaranden en gång yttrat sig och bestridt, medför hans utevaro vid ett senare rättegångstillfälle icke samma verkan. Domaren har då att pröfva, om erforderligt bevis blifvit fördt och derefter döma i saken. Någon skyldighet att inställa sig har svaranden icke heller nu, såvida icke någon särskild upplysning eller åtgärd af honom begäres.

Så enkel ställer sig sålunda frågan om bedömandet af parts utevaro. Der behöfvas icke några »kontumacialpåföljder», inga »presumtioner» eller »fiktioner». Man tillämpar den enkla regeln, att en rätt, som part icke utöfvar, icke för hans räkning af Domaren göres gällande. Uteblifva begge parterna, får saken hvila eller afskrifves den, uteblir den ena, kan den andra begära dom,

som då bestämmes med hänsyn till bevisskyldigheten och sakens förefintliga skick. Det kan emellertid sättas i fråga, om ett sådant sätt att ordna detta förhållande är praktiskt lämpligt; det kan sägas, att genom ett sådant tillvägagående den materiella rätten lätteligen förspilles. Häremot kan dock främst anmärkas, att staten ju icke har något intresse att tillvarataga civila rättigheter *mot* den berättigades vilja, och att sålunda intet ondt sker, om en rätt, som parten sjelf icke vill upprätthålla, genom hans underlåtenhet förfares. Men, invänder man, det är alldeles icke sagdt, att parten *vill* uppoffra rätten, derför att han icke utöfvar den; han kan genom en lätt ursäktlig glömska hafva försummat sig, och i sådant fall är det oriktigt att beröfva honom den. Häremot kan visserligen anföras, att parten får skylla sig sjelf, då han icke iakttagit den rätta tidpunkten för rättens utöfning; det inträder då mot honom en preklusion såsom i så många andra fall. Att han, när han i behörig ordning är kallad, skall beqväma sig att möta inför Rätta och göra bruk af sin rätt, är dock en fordran, som icke kan anses obillig [1]). Har han, på grund af laga förhinder, *icke kunnat* inställa sig, är han naturligtvis berättigad erhålla restitution. Men det kan dock icke nekas, att ett sådant sätt att gå till väga är nog strängt. Försummelsen kan bero af ett icke alldeles oursäktligt förbiseende eller andra omständigheter, hvilka icke innefatta laga ursäkt; och, såsom vi förut framhållit, preklusionsgrundsatsen bör icke tillämpas med en stränghet, som uppoffrar den goda rätten. Men att af hänsyn härtill ålägga Domaren att, när part uteblir, taga hans intresse om hand, är dock en förvänd ordning, som leder dertill, att parten, som inställer sig, får en långt svårare uppgift, när motparten är borta, än han skulle haft, om denne instält sig.

[1]) Det måste dock medgifvas, att i ett land som vårt, der tillgång till pålitliga rättegångsombud icke på alla orter finnes, det kan vara förenadt med svårighet att möta inför Rätta; men dels kan detta förhållande icke betraktas annat än som undantag, då laga Domstol ju i regeln är bestämd just med hänsyn till *svarandens* beqvämlighet, dels kan denna svårighet afhjelpas genom medgifvande af vissa lättnader i fråga om sättet att afgifva svaromål. En fullständig brytning med den riktiga grundsatsen kan deraf icke rättfärdigas.

Lämpligare är det då att mildra preklusionens stränghet, antingen genom att icke genast göra den ovilkorlig, så att den uteblifne kan få den mot honom i hans frånvaro gifna domen upphäfd, om han ersätter kostnaden för det första förfarandet, eller ock genom att icke första gången, part uteblir, döma i saken, utan gifva honom ännu ett tillfälle att yttra sig, innan han förlorar rätten dertill. Den senare utvägen — att göra stämningen *dilatorisk* — användes af den äldre rätten; den senare metoden, hvilken i snabbhetens intresse är att föredraga, är antagen af den nyare rätten.

Sedan vi sålunda undersökt, huru uteblifven part i processuelt hänseende *bör* behandlas, skola vi i korthet redogöra för det sätt, på hvilket processlagsstiftningen löst denna fråga. Vi skola dervid finna, att lagstiftningen, ehuru den icke utgått från den synpunkt, vi anse vara den rätta, likväl icke kunnat undgå att ordna det så kallade kontumacialförfarandet på ett sätt, som närmar sig den lösning, hvilken den angifna synpunkten kräfver. Som den romerska rättens stadganden i detta hänseende utöfvat ett bestämmande inflytande på den senare lagstiftningen och, såsom oss synes, i väsentlig mån gifvit densamma en missriktning, kunna vi icke undgå att kasta en blick äfven på denna rätts bestämmelser i frågan.

»Kantumacialförfarande» enligt främmande lagstiftning.

I den äldsta *romerska* rätten var parternas personliga närvaro nödvändig för processrättsförhållandets grundande; genom uttalande af föreskrifna »sollennia verba» kom »litis contestatio» tillstånd, och först med denna var rättegången började. Uteblef käranden från denna akt, förföll tvisten; svaranden hade ingen rätt att begära dom. Svarandens närvaro vid »litis contestatio» var lika nödvändig; kom han icke, kunde han tvingas, ursprungligen genom yttre våld, »obtorto collo», längre fram derigenom, att han behandlades såsom den der erkänt och att exekution af prætorn anordnades mot hans person och hans gods. Annorlunda förfor man *efter* det att »litis contestatio» egt rum. Uteblef då käranden, kunde svaranden äska dom; uteblef svaranden, undersökte iudex, huruvida bevis blifvit förebragdt eller icke, och dömde derefter.

Detta romerska koutumacialförfarande har nu tjenat till förebild för den senare lagstiftningen, oaktadt denna icke känner någon särskild grundläggande processakt, sådan som »litis contestatio», vid hvilken begge parternas närvaro är nödvändig och till hvilken de i följd deraf böra kunna tvinga hvarandra att inställa sig. Den äldre tyska processen *fingerade* vid svarandens utevaro en så kallad »litis contestatio negativa», d. v. s. svaranden antogs hafva bestridt kärandens uppgifter. Men då han icke borde få ostraffadt försumma sin pligt att »contestare litem», träffades han såsom »contumax» af vissa menliga påföljder; han förlorade rätten att göra gällande *invändningar* mot kärandens anspråk och fick ej mot den slutliga domen *appellera,* utan endast på grund af förfall söka restitution. Detta kontumacialförfarande inträdde först efter tvenne stämningar i målet.

Äfven den gällande *tyska* rättens behandling af denna fråga är icke fri från inverkan af den ärfda föreställningen om nödvändigheten af en »litis contestatio». Uteblir svaranden helt och hållet, anses han *erkänna* kärandens faktiska uppgifter; man *fingerar* en »litis contestatio *affirmativa*». Äro uppgifterna tillräckliga att grunda kärandens yrkanden, bifallas dessa (§ 296). Dock fordras det, att icke ett publikt hinder för rättegång förefinnes, samt att svaranden i behörig ordning instämts och i rätt tid erhållit del af kärandens uppgifter (§ 300). Äfven om uppgifterna äro i sig orimliga eller notoriskt oriktiga, måste de gälla; någon pröfningsrätt medgifves Domaren lika litet i fråga om detta fingerade erkännande, som i fråga om det uttryckliga.[1]) Är det käranden som uteblir, skulle man, från den tyska rättens egen ståndpunkt, vänta, att målet afskrefves; ty förr än den muntliga förhandlingen börjat, är ju, såsom vi sett, svaranden icke befogad att begära dom. Afven här återkommer emellertid kontumacialsynpunkten; käranden bör icke behandlas bättre än svaranden, säga motiven till Lagen, och der-

[1]) Jmfr ofvan s. 23. Vid svarandens utevaro i högre instans tillämpar C. P. O. icke samma påföljd; klagandens anföranden anses erkända, endast »soweit das festgestellte Sachverhältniss nicht entgegensteht» (§ 504).

för blir påföjden för honom den, att han dömes anspråket förlustig (§ 295).[1]) Mot en dylik »Versäumnissurtheil» eger den part, mot hvilken den gifvits, rätt att inom viss kort tid söka återvinning (»*Einspruch* erheben»), d. v. s. utan anförande af laga förfall begära ny förhandling i saken; men uteblir han då återigen, är han icke befogad att begära ny återvinning (§ 303). Deremot eger den uteblifne icke rätt att appellera. — Hufvudsakligen samma ståndpunkt intager det *österrikiska* förslaget (§ 301 ff.), ehuru det går till väga med större följdriktighet; om *båda* parterna gäller lika, att den uteblifne parten anses erkänna de faktiska påståenden, motparten i enlighet med ett föregående skriftligt meddelande framställer, så att dennes yrkande bifalles, om det finnes lagligen grundadt. Då sålunda vid kärandens utevaro det icke är alldeles nödvändigt, att han dömes förlustig anspråket, eger svaranden rätt att välja mellan dom och målets afskrifning. Från den tyska rätten afviker förslaget för öfrigt derutinnan, att mot »Versäumnissurtheil» återvinning icke medgifves; endast på grund af laga förfall kan restitution sökas. — Det *danska* förslaget gifver svaranden, vid kärandens utevaro, rätt att fordra målets afskrifning samt ersättning, men icke dom (§ 285) — en regel, som öfverensstämmer med förslagets ståndpunkt i fråga om kärandens rätt att återtaga käromålet. Uteblir svaranden, »har Retten at anse de i Sagsøgerens mundtlige Fremstilling og Udvikling af Sagen anførte Kjendsgjerninger for sande og afsige Dom i Overensstemmelse med hans — — — Paastand», såvida nemligen dessa faktiska omständigheter lagligen grunda yrkandet och det muntliga föredraget icke står i strid med eller ligger helt och hållet utom den skriftliga framställning, som tillstälts svaranden. Och förslaget tillåter Rätten, att i svarandens intresse af käranden begära förklaringar, genom hvilka möjligen en sådan stridighet kan framträda (§ 286). Icke heller det danska förslaget medgifver återvinning annat än på grund af laga

[1]) Denna påföljd träffar käranden, äfven om svaranden erkänner grunden för käromålet, men framställer en invändning, hvars obehörighet hans eget anförande visar.

förfall; men der anledning är att antaga, att svaranden saknat kännedom om stämningen, kan Rätten uppskjuta målet och ålägga käranden att ännu en gång inkalla svaranden (§ 287).[1] Enligt *fransk* rätt godkännes vid svarandens utevaro kärandens yrkande genom en »jugement par défaut», om de skäl, käranden i sina »conclusions» anfört, äro tillräckliga att grunda käromålet. Visserligen heter det i lagen (C. Pr. art. 150), att så skall ske, »si les conclusions se trouvent justes et *bien vérifiées*», och man skulle häraf kunna sluta, att bevisning borde af käranden förebringas; men i praxis uppfattar man meningen så, att endast om kärandens faktiska uppgifter, sådana de af honom i korthet muntligen utvecklas, äro orimliga eller osannolika — *contra naturam rei aut evidentiam facti* — Rätten kan afvisa käromålet. Är det käranden som uteblir, kan svaranden begära »défaut-congé»: huruvida denna innebär förlust af talan i saken eller blott å den uttagna stämningen, är icke i lagen sagdt, men det senare anses vara det riktiga.[2] Mot en »jugement par défaut» eger den dömde att »former *opposition*» — ett rättsmedel, som fullkomligt öfverensstämmer med den tyska »Einspruch». Det franska systemet återfinna vi i Lagen för *Genève* (art. 129 ff.), som likväl borttagit bestämmelsen, att kärandens uppgifter skola vara »bien vérifiées», men i stället stadgat (art. 132) att, oaktadt svarandens utevaro, yrkandena icke skola godkännas, när de anförda faktiska omständigheterna eller stämningen bilagda handlingar visa, att de äro ogrundade. Vi anmärka slutligen, att det *belgiska* förslaget, som i det hela hvilar på fransk grund, icke upptagit den franska oppositionen, utan i stället fordrar två stämningar för »défaut» mot svaranden.

Härmed hafva vi angifvit, huru den utländska lagstiftningen ordnar det s. k. kontumacialförfarandet i fråga om utevaro vid första rättegångstilläfllet; hvilken verkan utevaro från en senare förhandling medför, kan först längre fram visas, emedan bestämmelserna härom stå i samband med muntlighetsgrund-

---

[1]) Jmfr C. P. O. § 302, Ö. F. § 302.

[2]) Enligt Revisionsförslaget (art. 143) eger svaranden fordra dom i saken.

satsens tillämpning. Af största praktiska vigt äro dessa bestämmelser med afseende på *svarandens* utevaro: ty i de allra flesta fall, der svaranden uteblir, kan och vill han icke bestrida, oaktadt han icke gör rätt för sig — rättegången är till endast för att bereda fordringsegaren lägenhet att mot honom vidtaga exekutiva åtgärder, då han saknar ett för omedelbar lagsökning erforderligt fordringsbevis. [1]) Det är derför lagstiftarens uppgift att göra detta förfarande så enkelt, snabbt och billigt som möjligt, och vi se också alla de lagstiftningar, för hvilkas stadganden vi redogjort, på olika sätt lösa denna uppgift. Huru än det s. k. kontumacialpåföljderna bestämmas, alltid varder rättegången vid svarandens utevaro väsentligt förenklad och förkortad. Den tyska processen eger i det s. k. »*Mahnverfahren*» ett ännu enklare sätt att vinna exekution för fordringar å ett visst belopp penningar eller en viss mängd varor. Detta förfarande består deri, att på kärandens begäran en »bedingter Zahlungsbefehl» utfärdas, mot hvilken inom viss tid svaranden kan vid Domstolen anmäla gensaga; gör han detta, får saken handläggas i vanlig ordning, men låter han sig icke afhöra, gifver Domstolen tillåtelse till domens verkställande. Mot detta sistnämnda beslut eger svaranden att, likasom mot en »Versäumnissurtheil», framställa »Einspruch» och få saken åter upptagen [2]).

Vända vi oss nu till vår rätt, finna vi, att der ett förfarande, sådant vi i det föregående tecknat, helt och hållet saknas. I afseende på käranden är lagen tydlig och klar; uteblir han vid första rättegångstillfället, är han sitt anspråk qvitt, men kan mot domen söka återvinning utan att behöfva anföra laga ursäkt för

[1]) Under år 1878 afgjordes i Frankrike en *fjerdedel* af de vid fredsdomstolarne och »Tribunaux de première instance» afdömda mål genom »jugemen par défaut»; vid handelsdomstolarne steg antalet sådana domar till 30 procent af de afgjorda målen. Härvid är dock att märka, att den franska rätten saknar en särskild exekutiv process.

[2]) C. P. O. §§ 628 ff. Jfr Motiven till N. Utsökningslagen s. 151. Det österrikiska förslaget §§ 574 ff. medgifver också ett dylikt förfarande, dock endast i mål af mindre betydligt värde (300 gulden). Detta förfarande afviker från det tyska derutinnan, att någon rätt till »Einspruch» icke står svaranden öppen, sedan dom fallit.

sin utevaro — ett stadgande, med hvilket den i praxis käranden medgifna rätt att återkalla käromålet icke står i god öfverensstämmelse. Huru det skall förfaras, när han uteblir vid ett senare rättegångstillfälle, säger lagen icke, och något fast rättsbruk i detta fall kan knappt sägas förefinnas. Hvad angår svarandens utevaro stadgar lagen, att då skall dömas »efter ty som sanning deri utletas kan» hvilket stadgande i praxis i allmänhet fattas så, att kärandens uppgifter anses bestridda och han för dem är skyldig föra ett fullständigt bevis. Så kallad »tredskodom» gifves derför icke annat än på grund af urkundsbevis, för hvars kontrollerande svarandens närvaro antages vara mindre behöflig än i fråga om andra bevis. Genom sin utevaro kan svaranden sålunda, oaktadt han hvarken kan eller vill bestrida, uppehålla kärandens rätt, utan annat äfventyr än de obetydliga böterna för utevaro. För att tvinga honom att inställa sig, tillgriper man utvägen att förelägga vite — en utväg, som är så mycket mindre ändamålsenlig, som vitesbeslutet först i samband med hufvudsaken vinner laga kraft, och vitet i följd deraf icke under rättegången, ehuru försuttet, kan lagligen uttagas. Kommer svaranden omsider tillstädes, är han i ingen mån inskränkt i sin talan, utan kan anföra allt, hvad han aktar nödigt. Åfven lagförslagen (XII R. B.) intaga i det hela samma ståndpunkt. Uteblir käranden, har svaranden rätt att begära målets afskrifning eller ock dom i saken, i hvilket fall målet uppskjutes och ny kallelse delgifves käranden (XV: 4 R. B). Uteblir svaranden, »då eger käranden utföra sin talan och döme Rätten öfver hans talan *på de skäl, han företer*»; käranden måste föra bevis, men svaranden får icke tillfälle yttra sig öfver de förekommande bevisen (Jfr Lagkom:s motiv).

Till hvilka praktiska olägenheter nu antagna praxis i fråga om svarandens utevaro leder, är allt för ofta påpekadt för att behöfva vidare framhållas; derigenom räcker rättsskipningen sjelf handen åt trakasserilusten [1]). Till en viss grad finner detta för-

[1]) Genom det vid innevarande års Riksdag framstälda »förslag till förordning angående böter för svarandeparts uteblifvande från underrätt» har

hållande en tillräcklig förklaring deri, att i vår rättegång stadganden saknas i syfte att åstadkomma en tillräcklig förberedelse af målen; stämningens delgifna innehåll behöfver oftast väsentlig komplettering, för att dom derpå skall kunna grundas, i följd hvaraf behöfligt underlag för en tredskodom saknas. Men den principiella grunden ligger nog deri, att Domaren icke anser sig kunna döma utan lagligen giltigt bevis; *han* fordrar sådant, äfven om icke parten gör det. Och det är med fullt skäl, som han anser sig icke böra tolka utevaro såsom ett erkännande, ehuru visserligen, äfven med denna utgångspunkt, en större frihet i bedömandet vore möjlig.

Det ligger utom gränserna för vår uppgift att undersöka, huruvida de anförda orden i Lagen af dess stiftare så menats, som de numera uppfattas, och huruvida Lagen verkligen åsyftat, att svaranden, i stället för att genom sin utevaro utsätta sig för något äfventyr, skulle derigenom kunna bereda sig en fördel på kärandens bekostnad. Man kan med skäl fråga, hvarför kärande och svarande skola behandlas på så olika sätt, och hvarför svarande i Underrätt skall vara i en förmånligare ställning, än svarande i Hofrätt (R. B. XXVII: 1); man måste förundra sig öfver, att lagstiftaren mot en så välgrundad dom, som tredskodomen måste vara, utom vanliga rättsmedel och restitution, medgifvit ett särskildt rättsmedel, återvinning [1]), och att han aktat nödigt att i fråga om verkställighet af sådan dom iakttaga större försigtighet, än i fråga om andra domar. [2]) Huru än härmed må vara, kan det icke nekas, att vår gällande rätt i detta hänseende är brist-

man sökt undgå dessa olägenhetsr genom strängare straffbestämmelser mot svaranden. Att en utväg, som står i så föga öfverensstämmelse med civilprocessens natur, måst af lagstiftaren tillgripas, synes oss till fullo visa, att sjelfva utgångspunkten är oriktig. Genom särskild bestämmelse är för öfrigt i förslaget stadgadt, att böterna skola uttagas, utan att svaranden fått slutligen pröfvadt om bötfällandet och bötesbeloppet var skäligt eller ej.

[1]) Lagförslagen medgåfvo ej »återvinning» — I vår rätt ega vi för öfrigt exempel äfven på den andra metoden att mildra preklusionspåföljden — dilatorisk stämning; vid syn erfordras tvenne kallelser, men här medgifves icke återvinning.

[2]) Jfr numera N. Uts. L. § 49.

fällig; och denna brist har genom Nya Utsökningslagens införande blifvit ytterligare känbar. Genom denna lag upphäfdes nemligen det bruk, som, visserligen mot lag, utbildat sig, att hos Konungens Befallningshafvande söka betalning äfven för andra skuldfordringar, än de som grundade sig på fordringsbevis, och der vinna den lättnad i rättsökandet, som de allmänna Domstolarna icke ville medgifva [1]. Här dömdes nemligen till betalning, så snart svaranden, efter erhållen del af anspråket, lemnade detsamma obestridt; denna dom var, såvida ej förbehåll om återvinning gjorts, afgörande och kunde endast i vanlig ordning öfverklagas. Sedan detta rättsbruk borttagits, har den, som icke kan åberopa ett fordringsbevis till stöd för sin fordran, efter vår rätt ingen utväg att snabbt och enkelt komma till rätta med sin gäldenär; har han deremot fordringsbevis, behöfver han alls icke vända sig till Domstol, utan kan använda det enklare lagsökningsförfarandet.

---

[3]) Jfr N. Uts. L. Motiv s. 71.

V.

Om beviset och bevispröfningen.

Sedan föremålet för tvisten är fastställdt, återstår det att bevisa de faktiska omständigheter, hvilka ena parten åberopar till stöd för sin rätt, men hvilka den andra parten bestrider. Domaren skall nu afgöra, huruvida den enes påstående eller den andres är *sant;* och han skall derefter döma till förmån för den, hvars uppgifter han finner vara riktiga. Härom är Domaren i regeln före rättegången okunnig, det är under denna, som kännedom om det faktiska sammanhanget skall vinnas. Det är då möjligt, att Domaren sjelf kan förskaffa sig sådan kunskap, men i allmänhet måste han erhålla densamma genom andras meddelanden — genom parternas framställningar eller andra personers utsagor. Det kan emellertid hända, att denna utredning icke gifver till resultat en *bestämd* öfvertygelse hos Domaren; det kan vara fallet, att han visserligen icke är viss på, att en uppgift är sann, men icke heller öfvertygad, att den är osann. Tillräcklig upplysning kan saknas, eller skälen för och emot uppväga hvarandra, så att Domaren är oviss om hvad han skall tro. Befinner sig Domaren i detta läge, kunde det synas, som borde han låta saken vara tills vidare oafgjord, uttala ett: *non liquet.* Detta är honom emellertid icke möjligt; rättssäkerheten fordrar, att tvisten skall en gång för alla afgöras till endera partens förmån. Vid sådant förhållande måste den ene parten få stå tillbaka för den andre och förlora saken, och detta förhållande betecknas dermed, att han, icke motparten, säges vara *bevisskyldig*, hvarmed sålunda förstås, att han är den som förlorar, om ett visst factum icke styrkes. Huru bevisskyldigheten bestämmes och mellan parterna fördelas är icke föremål för rätte- *Allmänna synpunkter.*

gångsordningens stadganden; den är beroende af de vilkor, den materiella rätten uppställer för rättigheters uppkomst och upphörande, och kan icke genom en formel regel fastställas. Men det är rättegångsordningens uppgift att sörja för, att den, som verkligen har rätt men för densamma måste föra bevis, icke i brist af sådant må gå sin rätt förlustig. Å andra sidan är det ej mindre vigtigt att se till, att icke på skäl, som äro ogrundade, någon må vinna en rätt, som han eftertraktar. Den uppfattning af factum, Domaren lägger till grund för domen måste vara riktig, för att domen skall blifva rättvis. Huruvida detta varder fallet är åter beroende af flere samverkande faktorer: uppfattningens riktighet är beroende af utredningens fullständighet och af det sätt, på hvilket processmaterialet för Domaren framlägges, men den är också beroende af det sätt, på hvilket Domaren bildar sig sin öfvertygelse, *pröfvar* det material som för honom framlagts. I det föregående hafva vi sökt angifva, på hvad sätt en tillfredsställande utredning skall vinnas, i det följande skola vi behandla frågan om det lämpligaste sättet för processmaterialets framläggande. Här skola vi nu närmast upptaga till undersökning frågan om reglerna för bevispröfningen.

Att uppställa en allmän och uttömmande regel i detta hänseende synes icke vara möjligt. Bevisningen är ju till för att öfvertyga Domaren — »*iudici fit probatio*»; det synes derför böra vara Domaren sjelf, som efter ett sorgfälligt öfvervägande af alla omständigheterna i målet, efter bästa förstånd och samvete afgör, hvad han skall antaga för sant eller osant. Den visshet, till hvilken han kan komma, är ju endast en *historisk* visshet, det vill säga en så hög grad af sannolikhet, att ett motsatt förhållande till det, från hvilket han utgår, icke är antagligt, utan att dock vara omöjligt. Man synes derför icke kunna gå längre i fordran på ett lagligen giltigt bevis, än att det skall grunda en sannolikhet, af hvilken en samvetsgrann och förståndig man känner sig öfvertygad. Det gifves visserligen en mängd regler angående sättet för åstadkommande af visshet, angående pålitligheten af bevis, hvilka icke kunna eller böra förbises. Men att på förhand genom fasta regler bestämma, när en

sådan grad af sannolikhet skall anses vara för handen, att den utgör visshet, och när detta icke får antagas vara fallet, synes icke vara möjligt.

Den legala teorins uppkomst och innehåll.

Sådan var ock den äldre romerska rättens ståndpunkt. »Hvilka skäl äro tillräckliga att grunda en Domares öfvertygelse, »säger kejsar *Hadrianus*,» och på hvad sätt detta skall ske, derom kunna icke fasta regler gifvas, utan Domaren skall efter egen uppfattning afgöra hvad han skall tro eller såsom obestyrkt förkasta.» Men med det moraliska förfall, som betecknade den senare kejsartiden, befans denna Domarens frihet allt för vådlig, och man sökte ett värn mot samvetslöst godtycke från hans sida genom att uppställa fasta regler, efter hvilka han hade att bilda sitt omdöme om hvad som skulle anses bevisadt eller icke bevisadt. Så uppkom den så kallade *legala bevisteorin*, hvilken inom den på romersk grund hvilande medeltidsprocessen utbildades med hela den skolastiska formalism, som låg i tidens lynne, och hvilken sedan såsom trosartikel öfvergick till den nyare tidens rätt. Den ledande tanken var den, att »den lag är den bästa som lemnar minsta utrymme åt Domarens pröfning», och man uppstälde ett helt system af regler för att inskränka denna frihet till minsta möjliga mått.

Den legala teorin bestämde sålunda ej mindre, att när ett visst slag af bevis förelåg, Domaren *måste* finna sig öfvertygad, än också, att när det faststälda måttet saknades, Domaren *ej fick* vara det. Man sökte på förhand uttänka, genom hvilka medel Domaren kunde vinna upplysning om saken, afväga den större eller mindre grad af trovärdighet dessa bevis, med hänsyn till sättet på hvilket de framkommo, kunde anses förtjena, och med fäst afseende härpå åsatte man de olika bevisdata, man tänkte sig, ett olika värde, så att man bestämde, att vissa bevisgrunder skulle anses för fullt bevis, andra halft eller fjerdedels och så vidare. På detta sätt sökte man inskränka Domarens befattning med bevispröfningar till ett enkelt adderande och subtraherande och göra frågan, om något var bevisadt eller icke, till ett enkelt räkneexempel. Men då lagstiftaren fann sig ur stånd att i detalj gradera alla de olika

former, under hvilka ett bevisdatum kunde förekomma, uppstälde han i stället vissa fordringar på de bevis, som af Domaren finge beaktas, och bestämde, att alla andra bevismedel *icke* kunde tjena till att grunda juridisk visshet. Den legala teorins tredje regel blef alltså den att från allt beaktande utesluta sådana bevismedel, hvilka icke voro af en viss beskaffenhet, som borgade för deras pålitlighet. Bevisningen förlorade sin egentliga betydelse af att vara ett medel att öfvertyga *Domaren;* den fick i stället karakteren af vissa i lag bestämda prestationer, hvilka den ene parten egde kräfva af den andre, och efter hvilkas fullgörande Domaren endast hade att uttala resultatet. Det är utan tvifvel härifrån, som den, förut af oss omnämnda, oriktiga tillämpningen af dispositionsrätten i fråga om beviset härleder sig; när beviset består i fullgörande af bestämda, på visst sätt beskaffade prestationer, blir det partens, men icke Domarens sak att i fråga om den erforderliga beskaffenheten göra medgifvanden och eftergifter.

Den legala teorins oriktighet.

Den nyare rätten har allmänt och fullständigt brutit med denna teori och återgifvit beviset dess riktiga betydelse. Man har insett, att en sådan reglering, som den legala teorin söker genomföra, är stridande mot sakens natur; de omständigheter, under hvilka ett bevismedel framträder, äro så skiftande, att dess bevisvärde undandrager sig hvarje på förhand uppgjord och för hvarje tänkbart fall afsedd beräkning. Väl gifves det, såsom sagdt, en mängd regler angående sättet för åstadkommande af juridisk visshet, grundade på vetenskapens undersökningar och på århundradens erfarenhet, hvilka Domaren icke kan förbise utan att fela; men om dessa också äro tillämpliga för de flesta fall, äro de det dock icke för alla, och om de äro fastställda att gälla som *ovilkorligt* rättesnöre för Domaren, måste det understundom inträffa, att Domaren nödgas tillämpa dem äfven i ett fall, för hvilket de icke passa. De böra derför icke uppställas såsom lagbud, utan endast såsom inre hjelpmedel tjena till att öka Domarens förmåga att utöfva sitt kall; de skola flyttas från lagboken till Domarens eget medvetande. Att sådana regler, utan att vara i

lag faststälda, kunna tillämpas, visar oss det märkliga system af sunda bevisregler, hvilket den engelska rätten känner som »Law of Evidence»; och från vår egen rätt hafva vi derpå ett exempel i urkundsbeviset, om hvilket i lag nästan inga regler äro gifna, men vid hvars bedömande den svenske Domaren alltid tillämpat de grundsatser, hvilka sakens natur och erfarenheten gifvit vid handen. Men uppgifver man försöket att reglera bevisvärdet, då föreligger icke heller någon nödvändighet att från beaktande helt och hållet utesluta vissa bevismedel. Om än vissa omständigheter kunna vara egnade att i allmänhet väsentligt nedsätta ett bevismedels trovärdighet, kan dock detta bevismedel i ett särskildt fall framträda under förhållanden, som göra det förtjent af tilltro, och genom mängden af dylika bevisdata och deras samband sins emellan eller med andra upplysningar kan en grad af sannolikhet åstadkommas, som utesluter anledning till tvifvel. En begränsning måste, äfven från den legala teorins egen ståndpunkt, blifva godtycklig och utesluta bevismedel, hvilka i särskilda fall förtjena mer tilltro, än de som tillåtas. Om t. ex. den, som på grund af någon förväntad nytta eller skada af målets utgång icke får vittna, är en synnerligt trovärdig person, finnes ingen rimlig anledning att icke skänka honom åtminstone samma förtroende, som en nyss vanfräjdad man, hvilken icke har något med saken att skaffa. Såväl en reglering af bevisvärdet som en begränsning af bevismaterialet är alltså olämpligt och egnadt att motverka rättegångens uppgift att bereda sanningen och rättvisan seger.

Mot denna nyare bevisteori, som fordrar fri bevispröfning och fritt användande af alla de medel, som kunna tjena till upplysning i saken, har emellertid en invändning framstälts, hvilken förtjenar att beaktas. Det kan sägas, att härigenom lemnas Domaren allt för stor frihet — den rättsökande utsättes för att förlora sin rätt på grund af *godtycke;* och det är då att föredraga att äfventyra den genom stadganden i lag, hvilka man känner och i enlighet med hvilka man vid ordnandet af sina rättsförhållanden kan på förhand inrätta sig. Häremot kan visserligen anmärkas,

att, äfven med erkännande af Domarens frihet, icke alla regler för bevisningen behöfva uppgifvas; det gifves, såsom vi skola se, vissa sådana, hvilka med allt skäl kunna i lagen qvarstå. Men icke desto mindre måste det medgifvas, att här, såsom öfverallt, med frihetens erkännande godtyckets *möjlighet* är gifven; det var just såsom dam mot magtmissbruk som den legala teorin infördes. Huruvida denna fara är så betänklig, att den bör afhålla lagstiftaren från tillämpandet af en riktig grundsats, kan naturligtvis icke utan hänsyn till gifna förhållanden afgöras; eger man icke en pålitlig Domarekår eller en tillfredsställande Domstolsorganisation, kan det väl förtjena att öfvervägas, om en sådan frihet bör åt Domaren inrymmas. Den nyare rätten har i allmänhet sökt trygghet mot missbruk af Domaremagten mindre genom att underkasta denna magt inskränkningar, som icke äro öfverensstämmande med sakens natur, än genom att uppställa höga fordringar på de personer, som till Domare skola användas och genom att gifva Domstolarne den möjligast betryggande organisation. När man i Domarens hand lägger magten att inom vidsträckt bredd bestämma det straff, af hvilket en brottsling skall träffas, synes man icke böra rädas att äfven i fråga om bevispröfningen gifva honom den magt han behöfver. Det skäl man åberopat emot borttagande af fasta bevisregler i civila mål — att nemligen det der stode de enskilde fritt att på förhand inrätta sig efter lagens fordringar — är ingalunda egnadt att rättfärdiga sådana reglers bibehållande. Ty först och främst eger det icke tillämpning på det förhållande, att ett legalt giltigt bevis, på grund af särskilda omständigheter, *icke* är för Domaren öfvertygande, så att han nödgas uttala en öfvertygelse som han anser oriktig; mot ett *missledande* bevis kan ingen på förhand trygga sig. Men vidare förekomma ofta nog civila anspråk, för hvilka det icke stått i den berättigades magt att förskaffa sig det bevis, han skulle kunnat önska, t. ex. i fråga om skadeersättningar. Och slutligen kan det med skäl sägas, att om man afsigtligt skiljer mellan hvad som är rätt och hvad som kan bevisas, rättslifvet får en formalistisk pregel, i

det att hufvudvigten i den allmänna uppfattningen icke ligger på hvem som har rätt, utan hvem som kan *på föreskrifvet sätt* bevisa den.

Öfversigt af utvecklingen till en friare uppfattning.

Såsom nämndt har den nyare vetenskapen och lagstiftningen utvecklat sig i riktning mot en fri bevispröfning. På kontinenten började denna utveckling inom straffprocessen, i sammanhang med dess reform i öfrigt. När man der fordrat ett visst bevismått för att fälla, gaf man på samma gång medel att tvinga till bekännelse — genom tortyr, fängelse eller ed — der det fans ett visst mått af bevis utan att uppgå till det föreskrifna; härigenom sökte man förekomma, att den skyldige skulle i skydd af den legala teorin undgå sitt förtjenta straff. Kom så en menskligare uppfattning till väldet och förklarade tvång till bekännelse obehörigt; ville man då icke låta samhället fyllas af friade brottslingar, måste man uppgifva sina legala bevisfordringar. Till upphäfvande af den legala bevisteorin på detta område bidrog också det samtidiga införandet af juryn, med hvilken tillämpandet af sådana regler icke var förenligt. Sedan den fria bevispröfningens grundsats väl vunnit burskap inom straffprocessen, föll det af sig sjelf, att den måste tillämpas äfven i tvistemålen; det innebar en allt för påtaglig motsägelse, att samma factum skulle anses bevisadt, när derpå grundades ett straffyrkande, men obevisadt, när det åberopades såsom grund för ett fordringsanspråk. Trots det motstånd, som en traditionel uppfattning från början deremot reste,[1]) gjorde denna grundsats sig inom kort gällande, och den ställes såväl af den tyska Civilprocessordnung som af de nyare lagförslagen i spetsen för reglerna om bevisföringen.[2]) Den franska rätten innehåller visserligen åtskilliga in-

[1]) Det är af stort intresse att i de tyska juristmötenas förhandlingar följa utvecklingens gång i Tyskland. Då den fria bevispröfningen på den första Tyska »Juristentag» först ställdes under debatt, räknade den knappast någon obetingad anhängare; på de begge följande vann den allt flere, och på den fjerde antogs den med öfverväldigande majoritet. Och i den Riksdagskommission, som hade att granska förslaget till rättegångsordning, höjdes icke en enda stämma emot densamma.

[2]) C. P. O. § 259: »Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisauf-

skränkande regler i fråga om beviset, men äfven den franske Domaren förfar dock i det hela med stor frihet vid bedömandet af, hvad skall anses bevisadt eller icke. »Le pouvoir discrétionnaire du juge», säger en fransk författare, »pour l'appréciation des moyens de preuve doit s'éxcercer de manière, qu'en son âme et conscience il puisse se dire, que tout homme raisonable et éclairé aurait à sa place apprécié ces moyens comme lui». Utmärkande för den franska processen är särskildt den utomordentliga frihet, med hvilken Domaren använder »sakens sammanhang» såsom bestämningsgrund för sitt omdöme och utan all bevisföring bortser från ett bestridande, hvilket han anser ogrundadt och hvilket han derför helt kort förklarar icke vara »allvarsamt menadt».

Stiftaren af 1734 års Lag står på den legala teorins grund, ehuru han i detta, som i så många andra stycken, har hållit sig fri från den samtida lagstiftningens formalistiska öfverdrifter. Han använder alla de regler den legala teorin antager, men han gör det med måtta. Han uppställer den regeln, att ett visst mått af bevis måste öfvertyga Domaren — »två vittnen *äro* fullt bevis, deri de sammanstämma» —; han förklarar ett visst bevismått otillräckligt att grunda visshet — »ett vittne om sjelfva målet gälle ej för mer än halft bevis» (XVII: 29 R. B.), bindande omständigheter och liknelser äro ock icke mer än halft bevis (XVII: 30) —; han utesluter från allt beaktande utsagor af vissa personer, hvilkas trovärdighet kan dragas i tvifvel (XVII: 7).[1] Deremot medgifves inom vissa gränser åt Domaren frihet att bedöma det förelagda bevismaterialet (XVII: 1, 20, 25). Praxis har emellertid frigjort sig från flere af de i lagen stadgade inskränkningarne; endast vittnesjäfven upprätthållas ännu med full stränghet. Lagkommittén stälde sig principielt på den fria bevispröfningens ståndpunkt, ehuru den icke följdriktigt genomförde densamma. I förslaget till allmän Kri-

---

nahme *nach freier Ueberzeugung* zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.» Jmfr Ö. F. § 297 D. F. §§ 197. 270: 2.

[1]) Jmfr ock § 24.

minallag (Motiv s. 124) heter det: »förevarande förslag är bygdt på den princip, att intet visst bevisningsmedel eller bestämdt mått af bevis må betaga Domaren frihet att med hänsyn till alla i målet förekomna omständigheter pröfva, om bevisningen är fullt öfvertygande eller icke. Han är följaktligen icke tvungen att fälla någon på egen bekännelse — — — eller bunden af två vittnens intyg — — —. Deremot har Kommittén funnit den anklagades säkerhet fordra vissa inskränkningar i magten att fälla eller vissa vilkor för ådömandet af straff i svårare fall». Med ännu större försigtighet gick Kommittén till väga i fråga om tvistemålen. Väl heter det i motiven (s. 207), att för bedömande af verkan af ett bevis »finnes egentligen ingen annan måttstock än den dömandes på förstånd och samvete grundade öfvertygelse»; men icke desto mindre uppställes den regeln, att »tu vittnen äro fullt bevis», och bibehållas de allra flesta af vittnesjäfven. Deremot upphäfdes regeln, att ett vittne blott är halft bevis, och att ensamt på liknelser och omständigheter icke må dömas.

Hvad innebär fri bevispröfning?

Efter denna öfversigt af utvecklingens gång skola vi närmare undersöka, hvad den fria bevisteorin innebär. Den hvilar på den grundsatsen, att inga regler *i lag* böra gifvas för att bestämma, när något skall anses vara bevisadt eller icke. Deraf följer, att fullgiltigt bevis *kan* åstadkommas genom hvilka medel och på hvad sätt som helst. Inga bevismedel uteslutas såsom odugliga, ingen källa till upplysning för Domaren tilltäppes; det ankommer på honom ensam att afgöra, hvilket värde den kunskap, han derur hemtar, må anses förtjena. Men det följer af denna grundsats äfven, att en särskild bevisföring icke för hvarje påstående tarfvas; att det inre sammanhang, i hvilket en faktisk punkt står till andra, som äro upplysta och styrkta, kan vara tillräckligt att öfvertyga Domaren om dess sanning, och att sjelfva det sätt, på hvilket denna uppgift framträder eller af motparten bemötes, kan innefatta tillräcklig grund att antaga den vara riktig. Enligt den legala teorin är ett svalg befäst mellan påstående och bevis; det förra är den presumerade lögnen, som först genom att

stödjas af det lagliga bevismåttet besegrar den misstro, det förtjenar. Den nyare grundsatsen erkänner, att bevis kräfves, *icke* derför att den enes uppgifter sannolikt äro osanna, utan derför att den enes rättsliga läge bör skyddas mot den andres angrepp; den skarpa inre skilnaden försvinner mellan påstående och bevis, mellan sakens förhandling och påståendenas bevisning.

För att förekomma missförstånd, är det ock nödigt att framhålla, hvad denna grundsats *icke* innebär. Det bör då först märkas, att derigenom ingalunda, såsom man velat påstå, upphäfvas reglerna angående bevisskyldigheten. Denna beror nemligen[1]) deraf, hvilkendera af parterna yrkar ändring i ett bestående faktiskt tillstånd, eller i ett föregående rättstillstånd, som icke visats hafva lagligen upphört; den som framställer ett sådant yrkande, får detta sitt anspråk godkändt endast i det fall, att de för den åsyftade ändringen stadgade vilkoren inför Domstolen visas vara för handen. Det rättsskydd, som härigenom gifves åt den faktiska eller rättsliga besittningen, är naturligtvis icke beroende af hvilken metod man tillämpar för att bestämma, *när* något skall anses vara bevisadt eller icke; bevis erfordras nu som förr och af alldeles samma grund. Men tillämpningen af den fria bevispröfningen återverkar på bevisskyldighetens betydelse; bevis kan nu föras på långt flere sätt än förut, bevisskyldigheten innebär icke samma tryckande tunga som förut. Det är just detta som är den nya grundsatsens stora fördel; bevisskyldigheten skall vara ett värn mot obefogade angrepp, men den får icke förvandlas till ett hinder för den välgrundade rättens utsökande.

Lika litet innebär denna grundsats, att Domarens *godtycke* skulle upphöjas till måttstock för afgörande af hvad som är

[1]) Att här ingå på en undersökning af bevisskyldighetens reglering kan, af skäl som ofvan anförts, icke i fråga sättas. Till den angifna regelns fullständigande anmärka vi endast, att befrielse från bevisskyldighet kan ega rum på grund af så kallade presumtioner, d. v. s. att en part anses hafva fört det bevis, som ålegat honom och motparten har att i stället föra *motbevis* t. ex. i fråga om tvång, misstag m. m. Till en sådan omkastning af bevisskyldigheten kunna flere omständigheter föranleda; lättheten att bevisa för den ene i jemförelse med den andre är dervid en beaktansvärd omständighet.

bevisadt. Det är icke fråga om maktspråk eller instinktivt för sant hållande, utan om en på verkliga skäl grundad öfvertygelse. Vi hafva redan anmärkt, att bevisreglerna ingalunda äro förkastade, derför att de utstrykas ur lagen. Domaren får använda alla tillgängliga bevismedel, han får pröfva med full frihet, men han får icke helt enkelt dekretera. Han får döma endast på grund af hvad under rättegången förekommit, och han skall i domen angifva de grunder, på hvilka han stödjer sin öfvertygelse[1]). Härigenom tvingas han att öfverväga, huruvida de föreliggande bevisgrunderna ega en objektiv, äfven för andra öfvertygande beviskraft, härigenom möjliggöres en viss kontroll på hans utöfning af sin embetspligt. I visst fall har man dock ansett sig böra medgifva Domaren en ännu längre utsträckt frihet — i fråga om bedömande af skadeersättningsfrågor. När en person kränkt en annans rätt, är det också hans skyldighet att fullt ersätta den förlust, han ådragit den andre. Under hvilka förutsättningar en sådan skyldighet inträder, bestämmer den materiella rätten och dermed har icke processrätten att befatta sig. Men rättsskiparen skall sörja för, att denna skyldighet fullgöres, att den kränkte får det, han genom den skadegörande handlingen förlorat. Härtill erfordras, att han bevisar såväl *att* han verkligen lidit skada, som ock till *hvilket belopp* denna skada uppgått. Men detta bevis kan vara ytterst svårt att att åstadkomma. Har den kränkte beröfvats någon del af den förmögenhet, han redan egde, gifves det visserligen möjlighet att fullt utreda, hvad som en gång funnits men icke längre är qvar; ehuru äfven detta är svårt, då ingen i allmänhet kan hålla sig beredd att genom bevis styrka, hvad han i hvarje ögonblick eger. Men om skadan är medelbar, så att den ifrågavarande handlingen endast utgjort hinder för en tillväxt af den kränktes förmögenhet, då gifves ingen möjlighet att fullt exakt bestämma, huru stor denna tillväxt skulle hafva

Skadeersättningsfrågor.

---

[1]) Ö. F. § 297: 2 stadgar: Die Umstände, welche für die Ueberzeugung des Gerichtes massgebend gewesen sind, hat dasselbe in der Begründung seiner Entscheidung azugeben. Jmf. C. P. O. § 259, D. F. § 263: 4.

blifvit. Och denna omöjlighet att bevisa kan gälla ej endast beloppet utan också tillvaron af en skada. Fasthåller man nu fordran på ett fullt öfvertygande bevis, leder detta till ovilkorlig rättsförlust; rätten är gifven, men bevisningen felar. Men vid en så tröstlös inkompetensförklaring får rättsskipningen icke stanna; finnes rätten, bör den ock kunna göras gällande. Den nyare rätten har erkänt detta och eftergifvit fordran på ett fullständigt bevis; den låter beviset ersättas genom en uppskattning efter *billighetens* måttstock. De franska likasom de engelska Domstolarne förfara i detta fall med den största frihet; när rättskränkningen är gifven, skattas den härigenom uppkomna skadan till det belopp, Domaren under gifna förhållanden anser vara skäligt. Ej mindre den tyska lagen än de nyare lagförslagen hafva gifvit Domaren samma frihet i fråga om skadeersättnings bestämmande. Det *österrikiska* förslaget[1]) stadgar (§ 298): »*Wird Schadenersatz begehrt, und ist ein Beweis über die Grösse des Schadens entweder gar nicht oder nur mit unverhältnissmässigen Schwierigkeiten zu führen, so bestimmt das Gericht, sofern es die Ueberzeugung gewinnt, dass eine Rechtsverletzung erfolgt sei, welche einen Schaden herbeiführen musste, — — — den zu ersetzenden Betrag nach seinem durch die sorgfältige Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen, der Billigkeit gemäss.*» Är rättskränkningen på vanligt sätt bevisad, men beviset om skadan omöjligt *eller* förenadt med allt för stora svårigheter, bestämmer Domstolen ersättningen efter en billig uppskattning[2]). Att vår rättsskipning i detta hänseende lem-

---

[1]) Jmfr C. P. O. § 260, D. F. § 99. Den frihet, som sålunda medgifves Domaren, utgör icke, såsom motiven till C. P. O. antaga, hinder för enskilde att genom öfverenskommelse bestämma, att endast sådan skada, som på visst sätt styrkes, skall ersättas, såsom ofta vid försäkring är fallet; en sådan bestämmelse innebär icke en inskränkning af Domarens frihet utan af den åtagna ansvarsskyldigheten.

[2]) Äfven i ett annat hänseende får Domaren enligt förslaget i ersättningsfrågor en undantagsställning: han får sjelf skaffa sig de upplysningsmedel han anser nödiga, oberoende af parternas erbjudande. »Eine solche Bemessung kann das Gericht *selbst mit Uebergehung der von den Parteien angebotenen Beweise* vornehmen; das Gericht kann aber auch *von Amtswegen* die für diese Bemessung erforderlichen Beweisführungen anordnen» (§ 298: 2, jmfr Motiven s. 110).

nar mycket öfrigt att önska, torde icke på allvar kunna i fråga sättas; för vissa fall medgifves det visserligen den, som lidit skada, den lättnad i beviset, att han genom egen ed får styrka skadans storlek, och genom det i praxis antagna bruket att låta ersättningsbeloppet genom gode män fastställas beredes också en utväg att vinna ett riktigt resultat. Men i allmänhet torde det kunna sägas, att full skadeersättning hos oss sällan vinnes. Lagförslagen[1]) sökte afhjelpa olägenheten genom att låta frågan om skadeersättnings *belopp* fastställas af en jury, s. k. »Särskild nämnd». Men om det än måste erkännas, att frågor sådana som dessa bättre än andra tvistemål lämpa sig för behandling af jury, synes dock icke någon nödvändighet förefinnas att för dessa frågor införa detta institut, då hinder icke möter att få dem genom Domaren riktigt afgjorda.

Äfven med fri bevispröfning kunna lagstadganden om bevis gifvas.

Tillämpandet af den fria bevispröfningens grundsats utesluter icke alla lagstadganden om beviset. Det gifves vissa sådana, hvilkas iakttagande endast kan tjena att öka pålitligheten af bevisningen, utan att i ringaste mån inskränka Domarens fria pröfningsrätt. Hit höra alla de bestämmelser, som afse att bereda Domaren tillgång till bevis *i bästa möjliga form;* dylika föreskrifter, om de äro för ändamålet tjenliga, stå icke i strid med den fria bevispröfningens grundsats. Sådana regler äro de, som i alla lagstiftningar gifvas angående sättet för upptagande af bevis, vittnesförhör, beedigande af vittnens utsagor, valet af sakkunnige män, skyldigheten att förete hufvudskrift i stället för afskrift m. fl.; stadganden i sådant syfte böra i hvarje lagstiftning upptagas, för att gifva bevisningen största möjliga tillförlitlighet. Men då detta slags bevisregler sålunda äro oberoende af den grundsats, hvarpå bevissystemet i öfrigt hvilar, är det för vårt ändamål icke nödigt att här närmare undersöka, hvilka föreskrifter af detta slag kunna och böra gifvas.

---

[1]) R. B. XXVIII. Förslag om införande af sådan nämnd väcktes vid Riksdagen 1850—1851 (L. U. Bet. N:o 21), och vid Riksdagen 1853—1854 föreslogs att till lag upphöja bruket att i dessa fall använda gode män (L. U. Bet. N:o 30).

Men det gifves ett annat skäl att i en på fri bevispröfning grundad rättegångsordning införa vissa stadganden om beviset, och detta skäl har föranledt en *afvikelse* från sjelfva principen. Rättens värde är beroende deraf, att den kan vid Domstol göras gällande; derförutan saknar den berättigade säkerhet att få njuta och utöfva den. Då nu den, som vid Domstol kräfver sin rätt, måste bevisa densamma, har man ansett, att också tillfälle borde beredas den berättigade att *på förhand* trygga sig mot möjligheten att genom bristande bevisning förlora sin rätt. Detta kan ske endast derigenom, att en viss bevisning bestämmes såsom i och för sig tillräcklig att grunda Domarens öfvertygelse. »Som vissa sätt måste gifvas,» säger Lagkommittén, »på hvilka egendom kan förvärfvas och andra civila rättigheter grundläggas eller upphäfvas, fordrar ock allmänna säkerheten, att i civila mål vissa bevis skola för *fullgiltiga* anses, så att den som vill befästa sin rätt eller freda sig från ett anspråk må kunna, sedan han iakttagit de former, lagen föreskrifver, med trygghet förlita sig till den bevisning han har att framte, när tvist uppstår.» På denna grund stadgade Kommittén, att urkunder, upprättade i viss form, skulle utgöra bindande bevisning, och att två vittnens utsaga likaledes skulle vara fullt bevis. Den nyare lagstiftningen har också ansett sig böra behjerta detta behof, men den har ansett sig hafva tillräckligt tillgodosett detsamma genom att stadga *ett* sådant bevismedel — urkunder. Då en föreskrift af denna art innebär ett undantag från den riktiga regeln, bör den naturligtvis så mycket som möjligt begränsas, och man bör söka tillse, att derigenom så litet som möjligt Domarens frihet inskränkes, så att de regler som gifvas äro sådana, som han äfven utan föreskrift borde tillämpa. Vittnesbeviset egnar sig icke för en sådan naturlig reglering; skola två vittnen utgöra fullt bevis, måste dessa vara fullt trovärdiga, och dermed är man nödgad att uppställa ett jäfssystem, hvilket dock aldrig kan gifva full trygghet för ett tillfredsställande bevis. Annorlunda med urkundsbeviset. Grunderna för en urkunds pålitlighet äro lätta att bestämma, det

möter ingen svårighet att för dess beviskraft fordra garantier, hvilka verkligen derför gifva säkerhet; att under dessa förutsättningar tillägga urkunden en viss lagstadgad beviskraft är möjligt utan att obehörigt inskränka Domarens pröfning. Den nyare lagstiftningens reglering af urkundsbeviset söker också att tillgodose rättssäkerhetens intresse, utan att göra obehörigt intrång på Domarens frihet; en urkund tillägges beviskraft endast under förutsättningar, som göra den deraf verkligen förtjent, under det att i öfrigt Domaren har full frihet att pröfva[1]), och i alla händelser tillåtes det att häfva urkundens beviskraft genom motbevisning[2]). Domaren får icke *utan vidare* förkasta urkundsbeviset, men på anförda skäl kan han göra det. Man kan då fråga, hvartill en sådan reglering skall tjena; antingen är dokumentet bevisande, och då gör det utan all föreskrift afsedd verkan på Domaren; eller förringas dess beviskraft genom någon särskild omständighet, och då kan Domaren icke desto mindre frånkänna det betydelse. Fullständig säkerhet vinnes alltså icke heller genom upprättande af en urkund. Denna invändning skulle vara fullt berättigad, om det vore Lagstiftarens afsigt att på hvilka vilkor som helst skapa ett fullgiltigt bevismedel. Men den förlorar sin udd, om man tänker sig dessa regler i första hand hafva till uppgift, icke att inskränka Domarens pröfningsrätt, utan att anvisa parterna, huru de med hänsyn till beviset böra lämpligast inrätta sig. För *detta* ändamål kunna de vara synnerligen

[1]) Så stadgas, att offentliga dokument antagas vara äkta och riktiga, att den som underskrifvit en skriftlig handling svarar för dess innehåll; deremot får Domaren pröfva, huruvida underskriften är äkta, hvilken verkan ändringar, öfverstrykningar eller bristfälligheter i handlingen utöfva m. m. C. Civ. art. 1317—1332, C. Pr. art. 193—251, C. P. O. §§ 380—384, 402—408, Ö. F. §§ 349—360, D. F. §§ 244—252. Enligt fransk rätt eger motbevisning rum under ett särskildt förfarande, »faux incident civil» (C. Pr. art. 214—251) likasom äfven äkthetsbeviset föres i ett från behandlingen af hufvudsaken skildt förfarande, »vérification des écritures» (C. Pr. art. 193—213).

[2]) Att vissa offentliga dokument angående embetshandlingar icke kunna motbevisas, är ett lätt förklarligt undantag. Den franska rätten inskränker väsentligt rätten till motbevisning mot urkunder, hvartill vi längre fram återkomma.

nyttiga och verksamt befordra rättssäkerheten, utan att vara ovilkorligen bindande.

Bevisteorins inverkan på de särskilda bevisarterna.

Härmed hafva vi sökt utreda, hvad den fria bevispröfningen är och hvad den icke är, hvad den fordrar och hvilka lagstadganden äro med densamma förenliga. Vi skola nu undersöka, hvilket inflytande denna grundsats utöfvar på behandlingen af de särskilda bevismedlen, och i hvilka afseenden väsentliga afvikelser från den legala teorins regler deraf betingas. En sådan inverkan framträder icke i fråga om vissa bevismedel, hvilka behandlas ungefär på samma sätt enligt en legal teori, som med tillämpande af fri pröfning. Detta är fallet med syn och bevisning genom sakkunnige, i fråga om hvilka bevismedel äfven den legala teorin icke kan gifva andra regler än sådana, som afse att trygga resultatets riktighet och hvilka derför kunna, äfven med en naturligare ståndpunkt för bevisläran, bibehållas. Äfven urkundsbeviset varder, af nyss anfördt skäl, under den fria bevispröfningens tillämpning regleradt i nära öfverensstämmelse med den legala teorins bestämmelser.

Indiciibeviset.

Deremot visar sig en skarp olikhet i fråga om det indirekta beviset samt bevis genom vittnen och genom parten sjelf. I afseende på den s. k. indirekta bevisningens betydelse bestämmer den legala teorin, att aldrig ensamt på denna väg kan åstadkommas full visshet. Och detta är från dess ståndpunkt helt naturligt. Här skall vissheten åstadkommas derigenom, att Domaren vinner kunskap om en faktisk omständighet, från hvilken han kan draga en slutsats med afseende på det egentliga föremålet för beviset. Här är sålunda faran för misstag dubbel: meddelandet kan vara osant, slutsatsen kan vara felaktig. Med den fria bevispröfningen är skilnaden mellan den direkta och den indirekta bevisningens värde oförenlig: den fordrar, att visshet må kunna vinnas lika väl på den ena vägen som på den andra. Den nyare lagstiftningen har derför icke upptagit särskilda bestämmelser med afseende på indiciibeviset, utan helt och hållet underkastat det Domarens fria pröfning. [1])

[1]) C. civ. art 1353: »Les présomptions — — sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat.»

Vittnes-beviset.

Ännu mera genomgripande är den förändring som med införande af fri bevispröfning påkallas i afseende på vittnesbevisets gestaltning. När tyngdpunkten i fråga om bevisets pröfning flyttas från lagen till Domaren, är det naturligt, att man icke behöfver från vittnesbörds afläggande utesluta någon, derför att hans utsagas trovärdighet är af en eller annan anledning underkastad tvifvel; alla sådana omständigheter beaktar och uppskattar Domaren efter deras *verkliga* betydelse. Här framträder den nya grundsatsens betydelse i sitt fulla ljus. Ingen har en lagbestämd makt att utöfva inverkan på Domarens öfvertygelse, ingen är utesluten från möjligheten att göra det. Domaren skänker tilltro *»non testimoniis, sed testibus»*, såsom den romerske juristen uttryckte det. Dermed är visserligen Domarens uppgift försvårad, såsom ju alltid en större frihet ökar anspråken på den, åt hvilken den gifves; man fordrar af honom en större omsigt, en mångsidigare pröfning. Det är icke meningen, att han godtroget skall lita på de uppgifter, som gifvas honom af dem, hvilka den legala teorin förklarade jäfviga; men lika litet får han bortse från de omständigheter, som kunna minska en, enligt den legala teorin ojäfvig persons pålitlighet. *Allt* som ökar eller förringar utsagans beviskraft kan nu af honom tagas i betraktande[1]. Att härigenom ett riktigare resultat af pröfningen vinnes, än genom uppställande af inskränkande bestämmelser, torde icke kunna nekas. Men det kan invändas, att härigenom fältet öppnas för förhatliga anmärkningar och undersökningar angående vittnenas personliga förhållanden. Häremot kan dock anmärkas, att det är Domarens sak att pröfva, hvilka omständigheter i sådant hänseende förtjena beaktas och i följd deraf böra inför Rätta framdragas; alla försök till personlig chikan har han både magt och pligt att stäfja. Och der omständigheter af denna art verkligen förtjena att beaktas, der får man icke utesluta dem från den hän-

[1]) Enligt tysk rätt höres vitnet *på ed* »angående sådana omständigheter, som angå dess trovärdighet i den föreliggande saken», C. P. O. § 360; Ö. F. § 388, D. F. § 213, C. Pr. art. 35 innehålla liknande bestämmelser.

syn, dem tillkommer, derför att deras framdragande är förenadt med obehag; detta erkänner ju i princip också den legala teorin, då den jäfvar den som är »vanfräjdad», eller »uppenbar ovän» med parten.

Den nyare lagstiftningen har sålunda utstrukit de s. k. vittnesjäfven.[1]) Af hvilken praktisk betydelse en sådan åtgärd är, torde lätt inses; derigenom öppnas nya utvägar för parterna att föra det bevis som åligger dem.[2]) Men om man sålunda icke af farhåga för missledande uppgifter utesluter någon från att vittna, kunna andra hänsyn föranleda att man icke ovilkorligt påkallar tillämpning af vittnespligten. Behofvet af en sådan begränsning i vittnespligten förefinnes visserligen också med den legala bevisteorin, enär parterna kunna besluta om jäfs bortfallande; men detta behof framträder tydligare, der jäf alls icke finnas. Och då lagen fordrar, att vittnesmål i regeln skall afläggas under ed, kunna särskildt i fall, der mened kan befaras, undantag från *denna* regel genom upphäfvande af vittnesjäfven varda nödiga.

Pligten att vittna kan komma i strid med en pligt att förtiga, hvilken staten anser sig böra respektera. Den hvilken en sådan förpligtelse åligger, befrias då från vittnespligten. Är pligten till förtegenhet grundad på ett samhällsintresse, är befrielsen ovilkorlig; är den till för att skydda ett enskildt förtroende, kan förtegenhetspligten eftergifvas af den, som har intresse af dess upprätthållande; af vittnet sjelft kan det icke bero, om vittnesmål skall afläggas eller icke. Så stadgas, att prester icke må vittna om hvad dem under bikten blifvit förtrodt, att embetsmän icke utan vederbörande förmäns medgifvande få yppa sådant, som det är deras embetspligt att förtiga; att personer, som utöfva ett yrke, hvars natur påkallar förtegenhet, icke kunna underkastas vittnesförhör

[1]) C. Pr. art 283 tillåter part mot vissa personer göra gällande jäf (»reproches»); men såväl C. G. art 190, som det franska revisionsförslaget hafva borttagit denna bestämmelse. Ovilkorligt *förbud* att höra de allra närmaste slägtingarne innehåller C. Pr. art. 268, och detta förbud är i C. G. (art. 188 189) och förslaget (art. 229) bibehållet.

[2]) Vid en tysk Domstol beräknade man, att omkring hälften af de efter nya lagens införande hörda vittnena utgjordes af personer, som förut varit uteslutne från vittnesbörds afläggande.

angående sådana omständigheter, som de under yrkesutöfning fått sig förtrodda. [1]) Enligt vår rätt respekteras pligten till förtegenhet i sådana fall, der den är genom tjensteed ålagd, samt i fråga om rättegångsombud. Dessutom har genom K. Brefvet $^{24}/_{4}$ 1754 införts det stadgande, att äfven ett helt enskildt förtroende icke får inför Rätta uppenbaras; hvilken föreskrift dock ansetts icke kunna tillämpas i tvistemål.

Från vittnespligtens uppfyllande medgifves ock undantag för de fall, då dess fullgörande skulle föranleda en allt för svår strid mellan sanningspligten och vittnets benägenhet att skydda sig sjelf eller sina närmaste. Ingen tvingas att i annans sak prisgifva sig sjelf eller sina närmaste; som part har han en särskild skyldighet att gifva rätt, och hans sanningspligt går då längre, men när han står utom rättegången, bör han behandlas med större skonsamhet. Han kan vägra att vittna, om han med en af parterna är gift, trolofvad eller närskyld, han kan undandraga sig att besvara frågor, när han genom deras besvarande skulle kunna

---

[1]) C. P. O. § 341: Oeffentliche Beamte, auch wenn sie nicht mehr im Dienste sind, dürfen über Umstände, auf welche sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, als Zeugen nur mit Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde vernommen werden.

§ 348: Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt:

— —

4. Geistliche in Ansehung desjenigen, was ihnen bei der Ausübung der Seelsorge anvertraut ist;

5. Personen, welchen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Thatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Thatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht.

Die Vernehmung der N:r 4, 5 bezeichneten Personen ist, auch wenn das Zeugniss nicht verweigert wird, auf Thatsachen nicht zu richten, in Ansehung welcher erhellt, dass ohne Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit ein Zeugniss nicht abgelegt werden kann.

§ 350: Die im § 348, N:r 4, 5, bezeichneten Personen dürfen das Zeugniss nicht verweigern, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind.

Motsvarande, om än något afvikande stadganden återfinnas i Ö. F. §§ 368: 1, 2, 379: 3. D. F. § 207. Äfven efter fransk rätt skall förtegenhetspligten i dessa fall upprätthållas. Jemför C. Pén. art. 378.

ådraga sig sjelf eller dessa sina närmaste straff, vanära eller svårare förmögenhetsförlust.[1]) Vår rätt innehåller intet stadgande om vittnes rätt att draga sig undan vittnesmål, ehuru den parterna gifna tillåtelsen att uppgifva jäf väl kunde föranleda tillämpning af en sådan rätt. Genom den Domaren medgifna rätt att pröfva, om jäfvigt vittne, trots parternas medgifvande, må vittna (XVII: 14) är visserligen möjlighet öppen att beakta vittnets eget intresse; men vittnesedens lydelse, sådan den var före den 1867 deri gjorda ändring, synes gifva vid handen, att en sådan rätt att undandraga sig vittnesmål icke af Lagstiftaren afsetts.[2])

Erkänner man en rätt för vittne att undandraga sig att besvara frågor af ofvan angifven art, uppstår svårighet att bestämma, hvilken bevisning vittnet bör vara skyldigt att till stöd för sin vägran anföra; uppställer man i detta hänseende för stora fordringar, förfelas helt och hållet ändamålet med sjelfva vägringsrätten. Frågan om skäl till vägran finnes eller icke, måste derför af Domaren efter billighet afgöras.[3]) Då emellertid vägran af parts närmaste

---

[1]) C. P. O. § 348: Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt:

1. Der Verlobte einer Partei;

2. der Ehegatte einer Partei, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;

3. diejenigen, welche mit einer Partei in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert sind, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht.

§ 349: Das Zeugniss kann verweigert werden:

1. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer Person, zu welcher derselbe in einem der im § 348, N:o 1—3, bezeichneten Verhältnisse steht, einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde;

2. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einem der im § 348, N:r 1—3. bezeichneten Angehörigen desselben zur Unehre gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde.

Liknande stadganden i Ö. F. § 379: 1, 2. D. F. § 208. Den franska rätten medgifver i dessa fall icke rekusationsrätt; men en sådan är till en del obehöflig, då C. Pr. art. 268, såsom nämndt, *förbjuder* att såsom vittnen höra parternas närmaste anförvandter.

[2]) Jmfr dock Broomé: *Bidrag till besvarande af frågan: hvad bör ett vittne få förtiga* i N. J. Arkiv 1877, s. 1 ff.

[3]) C. P. O. § 351: Der Zeuge, welcher das Zeugniss verweigert, hat — — — die Thatsachen, auf welche er die Weigerung gründet, anzugeben und *glaubhaft* zu machen. Jfr Ö. F. § 381, D. F. § 215 *in fine*.

att vittna i hans sak alltid måste gifva anledning till uttydningar, kan det i fråga sättas, huruvida icke Lagstiftaren, om han verkligen vill bevara familjelifvets helgd, bör ovilkorligt *förbjuda* familjemedlemmars hörande, såsom den franska rätten (art. 268) stadgar.

Genom upphäfvande af jäfven kan det slutligen varda nödigt att under vissa omständigheter afstå från att höra vittne *på ed.* Så länge eden anses nödvändig för att rätt inskärpa sanningspligten, måste Lagstiftaren också se till, att den brukas på ett sätt, som öfverensstämmer med dess religiösa betydelse. När man såsom jäfvige från vittnesbörd utesluter alla, hvilkas trovärdighet är misstänkt, behöfves icke någon särskild bestämmelse för att förekomma fara för mened; är en person ansedd trovärdig, då kan naturligtvis med ännu större skäl sägas, att man af honom icke behöfver befara mened. Tillåter man deremot alla, utan afseende på deras tillförlitlighet, att vittna, då inträder behofvet af särskilda bestämmelser för att förekomma eds missbruk. Personer af hvilka aktning för eden icke kan med säkerhet påräknas, måste höras utan ed: minderåriga, eller sådana hvilkas förstånd är svagt eller förvirradt, så att de ej förstå edens vigt, menedare, hvilka visat sig missakta eden [1]). Likaså plägar det föreskrifvas, att om en person, som är berättigad att vägra vittnesmål, icke gör bruk af denna rätt, han höres utan ed, så att Domaren först sedan vittnesförhöret för sig gått bestämmer, om utsagan skall beedigas eller icke [2]). I alla dessa fall måste man då åtnöja sig med en utsaga af ringare beviskraft, än den beedigade besitter.

Öfvergå vi nu till frågan om behandlingen af partens egen utsaga såsom bevismedel, så visar sig här den nya grundsatsen för *Partseden.*

---

[1]) C. P. O. § 358, Ö. F. § 385, D. F. § 209. En vansinnig person får icke alls höras såsom vittne: Ö. F. § 368. 3. D. F. 209: 5. D. F. stadgar ock, att den som ej kan antagas »tillægge Eden den Betydning, samme efter sit Begreb skal have», icke må edfästas.

[2]) C. P. O. § 358: 3, Ö. F. § 386. 5. D. F. har intet särskildt stadgande för detta fall. — C. P. O. behandlar på samma sätt den som är »umittelbar betheiligt» i saken.

bevisläran vara egnad att medföra djupt ingripande ändringar [1]). Parten känner vanligen bäst, huru det förhåller sig med saken, han bör sålunda vara i tillfälle att gifva Domaren god upplysning. Den legala teorin måste likväl utesluta partens egen utsaga från beaktande såsom bevismedel; om någon är på grund af intresse i saken misstänkt för att tala osant, så är det han. Endast när han talar mot sitt eget intresse kan man tro honom; erkännande är ett bevismedel, på samma gång det är en disposition. Hvad han anför till sin egen fördel kan deremot aldrig förtjena tilltro — denna utsaga är, trots personlig trovärdighet, trots alla inre kännetecken på sanning, ett *påstående*, som tarfvar bevis men icke sjelf kan gifva sådant [2]). Den legala teorin kan emellertid icke helt och hållet undgå att för åstadkommande af bevis begagna sig af partens kännedom om saken. När den bevisskyldige anfört någon, ehuru icke fullständig bevisning för sina uppgifters sanning, när sålunda Domaren är böjd att mera tro honom än hans motpart, då framstår det som en otillbörlig hårdhet att icke desto mindre tillbakavisa det framstälda yrkandet, derför att parten icke kunnat föra *fullständigt* bevis. För denna konseqvens ryggar den legala teorin tillbaka, den tillgriper nu partens egen medverkan för tvistens lösning. Icke så, att den nu tillåter parten att under former, som kunna gifva största möjliga trygghet för sanningspligtens behjertande, yttra sig i saken och Domaren derefter fritt bestämma, hvilken tilltro utsagan kan förtjena; bevismedlet *måste* hafva en bestämd verkan, och i följd deraf inskränkes partens åtgärd till att på ed förneka eller bestyrka den faktiska uppgift, om hvars sanning Domaren är tveksam. Allt efter som eden aflägges eller icke, *måste* Domaren döma för eller emot den, åt hvilken eden anförtrotts. Då nu endast den ene kan tillåtas gå ed, om genom denna åtgärd ett ovilkorligt resultat skall vinnas,

[1]) Jmfr angående denna fråga min afhandling »*Om parts ed såsom processuelt institut*». Upsala 1879.

[2]) Det särskilda vitsord, som plägar tilläggas handlandes böcker, bildar härifrån ett undantag.

uppstår frågan, hvilkendera parten dermed må betros. I det skick hvari saken befinner sig, då behofvet af ed inträder, synes det böra vara den bevisskyldige, som skulle få genom ed fylla den bevisning, han redan till en del förebragt; hans uppgift är ju genom denna, visserligen otillräckliga bevisning dock *sannolikare* än motpartens förnekande. Domaren behöfver använda ed just derför, att han skänker dennes utsaga mer tilltro än den andres; hans ed bör, om den personliga trovärdigheten är lika, vara af större bevisvärde *för Domaren* än den andres. Här inmänger sig emellertid åter den privaträttsliga uppfattningen af beviset, hvilken är oskiljaktig från den legala teorin: skall ed användas i saken, bör det vara den icke bevisskyldige, åt hvilken den lemnas; han hade ju, strängt taget, anspråk på att utan vidare frias — då kan han med fog begära att åtminstone icke motparten, utan han sjelf, får den afgörande eden i sin hand. *Värjemålseden* blifver sålunda efter den legala teorin regel, *fyllnadsed* undantag.

Värjemålseden är emellertid ett bland de mest olämpliga bevisinstitut, som gerna kan uppfinnas. Aflägges eden, har derigenom för ingen del det beedigade nekandet styrkts vara riktigt. För att parten skall kunna tvingas att edligen bekräfta sitt nekande, måste så kalladt »halft bevis» *mot* honom föreligga; och kraften af denna bevisning kan i allmänhet icke motvägas af hans enkla förnekande, äfven när detta bestyrkes med ed. Han frias, emedan fullt bevis mot honom saknas, men icke derför att man tror honom; han vinner saken, men han ådrager sig ovilkorligt misstanken att hafva köpt vinsten med en mened. Brister han åt eden, anses han hafva erkänt, och detta erkännande verkar till hans nackdel, vare sig man nu vill betrakta det som en disposition eller ett bevismedel. Men att sålunda likställa bristandet åt ed och ett uttryckligt erkännande är icke berättigadt. Det behöfver ingalunda vara sanningen i motpartens uppgift, som afhåller parten från eden; han känner, att han har skenet mot sig, och han föredrager att förlora framför att ådraga sig misstanken för att svärja falskt. Att ställa parten i ett sådant läge är ett obehörigt

tvång; han saknar den frihet, som för hvarje disposition är nödvändig. Från hans utevaro kan icke slutas, att han icke velat eller icke kunnat förneka; den kan hafva sin grund i helt andra, fullt befogade betänkligheter.

Mindre är att mot fyllnadseden invända; den part, som aflägger denna, har ju redan någon sannolikhet för sin uppgift, och i förening med dessa bevisdata *kan* eden ju vara tillräcklig att åstadkomma visshet. Det vore sålunda åtskilligt vunnet, om man befriade bevissystemet från den regeln, att »med ed kan man *svara* men ej kära»[1]), och läte Domaren anförtro eden åt den af parterna, af hvilken han väntade den tillförlitligaste utsagan. Men dermed vore dock icke allt väl beställdt. Om än fyllnadseden är mindre onaturlig än värjemålseden, lida båda edsformerna af gemensamma olägenheter. Föremålet för eden måste tillspetsas till skarpt bestämda punkter, hvilka parten skall bestyrka eller förneka, utan att kunna deri göra ändringar eller tillägg. Redan i nödvändigheten af en så hårfin precisering ligger en fara för misstag, hvarigenom edstemat kan göras för trångt eller för vidt och kan påläggas parten obehörigt tvång eller lemnas honom för stor frihet. Men oafsedt denna fara för misstag, har den normerade eden det felet, att den bringar till Domarens kännedom ett resultat, men icke upplyser honom om det sätt, på hvilket det vunnits. Parten säger sitt ja eller nej och är *sjelf* endast inför sitt samvete ansvarig för, att det är riktigt; skulle han redogöra för de grunder, på hvilka han stödjer sitt svar, skulle dessa, äfven *när* han sjelf anser sig tala sannning, ofta nog för en opartisk pröfning visa sig otillräckliga. Det är alltför väl möjligt, att han missförstått edstemat och derför i sitt yttrande inlägger en annan mening, än den Domaren måste tillmäta detsamma. Parten, icke Domaren, dömer om sanningen i saken, och han gör det utan all kontroll; edgång varder sålunda en enkel utväg för Domaren att, om han vill, undan-

---

[1]) XVII; 34 R. B. Lagförslagen bibehöllo i XXIV kap. R. B. samma grundsats, ehuru undantag för vissa fall medgåfvos (3 §).

draga sig ansvaret af en svår pröfning och i stället kasta detta på parten. Med den fria bevispröfningen är ett bevisinstitut, sådant som detta, alldeles oförenligt; den fordrar, att Domaren och ingen annan pröfvar, hvad som är sant. Den normerade eden leder slutligen i tillämpningen till olösliga praktiska svårigheter. Äro parterna flere, men det factum, af hvilket utgången beror, för alla gemensamt, står man i valet mellan att antingen utse *en* att gå eden, och sålunda låta allas öde afgöras af honom, eller att ålägga dem *alla* ed, men dermed äfventyra, att samma sak i samma mål är bevisad mot en, men obevisad mot en annan.

Den *tyska* rätten, likasom den *franska,* känner ett tredje slag af ed, hvilket vi redan i det föregående omnämnt — den bjudna eden[1]). Derigenom tvingar den ena parten den andra att antingen låta den erbjudande afgöra saken genom egen ed eller, om den andre ej vill tillåta detta, då sjelf aflägga sådan ed. Mot behörigheten af ett dylikt tvång kan intet invändas, såvida man tillser, att den, till hvilken anbudet ställes, verkligen har fritt val mellan det ena och det andra; det är under denna förutsättning ett lämpligt medel att förtaga verkan af ett obehörigt bestridande, hvilket annars skulle fordra en tidsödande och kostsam bevisning för att kullkastas. Men det måste tillses, att icke tvånget inträder, om den, till hvilken anbudet ställes, är i den ställning till saken, att han *måste* lemna eden åt motparten. Den franska rätten tillåter derför ed blott om »un fait *personnel»,* d. v. s. ett factum, om hvilket parten måste ega personlig kännedom, och den tyska rätten har ett motsvarande stadgande (§ 410). Den tyska rätten innehåller för öfrigt åtskilliga föreskrifter, hvilka afse att genom edsanbudet åstadkomma bevis, på samma gång som dispositionen bibehålles såsom institutets grund. Att redogöra för dessa invecklade stadganden torde icke vara nödigt, då mot hela institutet kan invändas detsamma, som ofvan anförts mot den normerade eden öfverhufvud. Med den fria bevispröf-

---

[1]) Se ofvan, sid. 60.

ningen står den i lika liten öfverensstämmelse, som den af Domaren ålagda; äfven med användande af all omsorg och kontroll kan den icke tjena till upplysning för Domaren, utan endast att ersätta hans pröfning. I vår rätt, likasom i den dansk-norska, är detta edstvång okändt. Det danska förslaget har icke funnit skäligt upptaga detsamma, utan inskränker sig till, att i likhet med vår gällande rätt medgifva parterna att genom fri öfverenskommelse bestämma, att frågan om bevis skall afgöras genom den enes eller den andres ed — en disposition, mot hvilken, såsom vi ofvan anmärkt, någon befogad anmärkning icke kan göras.

Om sålunda den legala teorin endast ofullständigt och på ett olämpligt sätt kan tillgodogöra sig den rika källa till upplysning i saken, som partens kännedom om densamma erbjuder, medgifver deremot den fria bevispröfningen att begagna detta upplysningsmedel i hela dess vidd. Skilnaden mellan påstående och bevis utjemnas, parten *kan* blifva trodd på sitt ärliga ord äfven till sin egen fördel. På flere sätt söker Domaren att genom parten sjelf bereda sig upplysning[1]). Åfven med den legala teorins användande kan det hafva sin nytta med sig att under en eller annan form förhöra parten; han kan derigenom förmås att afstå från ett ogrundadt bestridande eller uppdiktade påståenden. Med införande af fri bevispröfning kunna hans uppgifter till och med tagas för goda utan annat bevis, än det de sjelfva, genom deras inre sammanhang och genom sättet, på hvilket de i rättegånngen framkomma, lemna, likasom motpartens kunna af samma skäl finnas ogrundade. I följd häraf kommer Domaren icke så lätt i det svåra läge, hvari den legala bevispröfningen så ofta ställer honom, att å ena sidan icke kunna bifalla yrkandet i brist af bevis, men icke heller kunna afslå det utan att handla mot sin verkliga öfvertygelse. Den utväg, han har att rädda sig ur detta läge — åläggande af ed — varder mindre behöflig än förr[2]). Icke desto mindre qvarstår dock behofvet att kunna

[1]) Jemfr ofvan sid. 60.

[2]) Under år 1878 ålades i Frankrike edgång vid »Tribunaux depremière instance» i 101 mål af 132,924 der afgjorda. Bjuden ed förekom i 382 mål.

använda partens utsaga i möjligast pålitliga form; ty den fria bevispröfningen innebär icke, att sannolikhet skulle få träda i stället för visshet, att en utsaga, som icke har alla tillgängliga garantier för innehållets sanning, skulle få gälla lika mycket som den, som dermed är utrustad. Då nu ed är det medel, hvarigenom man söker vinna största möjliga säkerhet för utsagans pålitlighet, är det naturligt, att man vill skaffa sig utväg att äfven åt partens utsaga bereda den öfvertygande kraft, som ligger i dess beedigande.

Den *franska*, likasom den *tyska*, rätten och det *danska* förslaget bibehålla derför rättigheten för Domaren att, när han tvekar, pålägga en normerad ed[1]), »serment déféré d'office», »richterlicher Eid». Endast deruti afvika dessa lagstiftningar från det gamla, att Domaren har full frihet att bestämma, när ed skall användas och åt hvem den bör anförtros. Det *österrikiska* förslaget deremot har helt och hållet uppgifvit den normerade eden och i stället, efter engelskt mönster, tillåtit parts hörande på ed, såsom vittne i saken[2]). Härigenom äro nu alla de med användningen af normerad ed förenade svårigheter undanröjda. Parten höres såsom hvarje annan person, som känner något om saken, han redogör fullständigt och utan inskränkning af ett edstema för allt, hvad han vet; söker han undandölja eller skeft framställa någon omständighet återför Domaren honom genom frågor på rätta vägen, och när han sagt, hvad han vet, afgör Domaren fritt, hvad han skall tro. Äro parterna flere, kunna de alla höras, den enes utsaga kan tjena att belysa den andres.

Från den legala teorins ståndpunkt framstår visserligen ett sådant tillvägagående som en omöjlighet; från den fria bevis-

---

[1]) C. Civ. art. 1366—1369, C. P. O. §§ 437—439, D. F. §§ 257—262.

[2]) Likaså N. U. § 64 f. f. I den tyska riksdagskommissionen för behandling af processlagförslaget förkastades förslaget om detta instituts införande först efter långvarig debatt; i det danska förslaget upptogs det icke, utan att några egentliga skäl för dess uteslutande i motiven anföras. I äktenskapsmål låter förslaget, i likhet med den gällande rätten, den som söker skilnad, höras på ed (§ 402).

pröfningens är det deremot det enda naturliga. Har man uppgifvit alla inskränkningar i Domarens pröfningsrätt, bör man följdriktigt icke heller undandraga honom något upplysningsmedel, af farhåga, att han kan varda missledd. Mot partens hörande kan icke anmärkas, att utsagan icke är trovärdig; när man tillåter personer, som hafva intresse af saken, att uppträda såsom vittnen, bör man icke utestänga den, som i egenskap af part har ett sådant intresse. Detta kan ofta vara mindre, än den andres, och den inskränkning, partens trovärdighet af denna grund är underkastad, kan upphfävas genom annat, som är egnadt att öka den. Får parts make vittna, hvarför icke lika väl parten sjelf; är den, som öfverlåtit en fordran till annan och för dess riktighet ansvarar, duglig att vittna, hvarför skall den nuvarande innehafvaren derfrån utestängas? Skilnaden i trovärdighet är på sin höjd graduel och berättigar icke till en dylik begränsning. Det kunde möjligen synas, som om Domaren vid bedömande af parternas trovärdighet vore utsatt för faran att tillägga afgörande betydelse åt omständigheter, som i sjelfva verket äro oväsentliga, och att sålunda gifva den ene ett obehörigt företräde framför den andre; den ene kan vara Domaren personligen bekant, han kan ega förmånen af ett tilltalande yttre, ett lätt och klart framställningssätt, under det att den andre är blyg och försagd m. m. Denna farhåga torde emellertid, lika litet här, som i fråga om vittnen, böra föranleda inskränkande bestämmelser; Domaren får icke grunda sitt omdöme på lösa hugskott, han skall taga hänsyn endast till sådana omständigheter, hvilka äro af objektiv betydelse, och hela hans verksamhet är af den art, att man af honom icke torde behöfva befara en okritisk godtrogenhet. Dessa invändningar gälla icke detta särskilda institut, utan fastmer den allmänna grundsats, af hvilken institutet sjelft är en följdriktig tillämpning; vågar man antaga grundsatsen, bör man icke heller draga sig tillbaka för dess konseqvenser.

Icke heller torde man från synpunkten af edens helgd kunna framställa några anmärkningar mot institutet, hvilka särskildt skulle vara berättigade med afseende på *denna* form af ed i rättegången.

Faran för mened varder otvifvelaktigt vida mindre, än vid den nuvarande värjemålseden och vid den normerade eden öfver hufvud; det är vida lättare att underhandla med samvetet, när det gäller att bestyrka eller förneka en enda noga bestämd bevissats, än att gifva en utförlig och detaljerad lögnaktig framställning af saken, helst vinsten af den förra meneden är alldeles gifven, men af den senare deremot mycket tvifvelaktig. Särskildt undviker man härigenom en art af mened, som består deri, att en part besvärjer annat, än hvad han vet vara sant, *derför* att han anser sig i sjelfva verket hafva rätt, ehuru af andra grunder, än dem Domaren nu satt under ed. Men, säger man, om begge parterna aflägga ed och vittna mot hvarandra, då står man ju faktiskt inför åtminstone *en* mened. För en sådan situation synas värjemålsedens anhängare icke böra rädas; det typiska fallet för denna ed är just det, att parten har ett vittne mot sig och dömes att med sjelfs sin ed betyga — att detta svurit falskt. Men det är ingalunda nödvändigt att, derför att begge parterna vittnat, den ene måste hafva vittnat falskt; deras framställning kan vara väsentligt olika, utan att man derför kan anklaga någondera för mened, lika väl som utsagor af vittnen ju mycket ofta befinnas stridiga, utan att derför mened antages. Olikheten kan bestå i en viss färgläggning, ett bemödande att tyda och utlägga facta på ett visst sätt, den kan grunda sig på missförstånd eller oriktig uppfattning. Men för öfrigt skall det icke nekas, att eden här, som öfver hufvud, är ett farligt medel att framtvinga medvetande om sanningspligten och att man bör med synnerlig försigtighet dermed umgås. Till förekommande af mened bör frågan om lämpligheten af och sättet för partens hörande på ed öfverlemnas åt Domarens ompröfning för hvarje särskildt fall; han bör akta på, att edens helgd upprätt hålles. Han kan låta edfästelsen föregås af ett förhör utan ed. Der begge parterna skola höras, kan han underlåta att taga ed af mer än den ene, om han finner den andres uppgifter stå i olöslig strid med den andres och vara mindre sannolika, än dennes; han kan äfven helt och hållet afstå från edfästelse.

Åtskillliga särskilda bestämmelser erfordras emellertid i fråga om partens hörande på ed, hvilka icke äro nödiga med afseende på vittnen; att helt enkelt likställa part och vittne låter sig icke göra. Hvad först frågan om partens skyldighet att vittna angår, så torde denna, af de grunder vi i ett annat sammanhang anfört [1]), icke kunna i fråga sättas; tvärt om måste det gälla, att part icke kan göra anspråk på befrielse från vittnespligtens fullgörande af de skäl. som föranleda tredje persons frikallande från densamma. Väl bör parten icke anses förbunden att offra sitt eller de sinas goda namn och rykte eller utsätta sig för straff, för att betjena motparten med upplysningar, och på sådan grund kan part, likasom vittne, undandraga sig att besvara vissa frågor; men han bör icke kunna åberopa den fara för förmögenhetsförlust, som en upplysning af honom skulle framkalla, då hans skyldighet att gifva motparten dess rätt just innebär skyldighet till en sådan uppoffring. Huruvida partens skyldighet att yttra sig på ed må kunna göras gällande genast eller först när annan bevisning icke varit afgörande — huruvida sålunda partens edliga afhörande bör, såsom den nuvarande eden, vara endast ett subsidiärt bevismedel — är en fråga, om hvilken meningarne kunna vara delade. Det kan för partens omedelbara hörande anföras, att härigenom vinnes en väsentlig lättnad i bevisföringen, såsom fallet är med användandet af den bjudna eden, samt att det är lättare att af parterna erhålla en oförbehållsam och sanningsenlig framställning af saken, då de ännu icke sjelfve intagit en bestämd position och varit i tillfälle att, så att säga, se hvarandra i korten. [2]) Icke desto mindre synes det oss vara riktigare att gifva detta bevismedel endast subsidiär användning. Medlet är farligt, och det bör derför brukas endast der annan möjlighet att bevisa icke finnes; och parten bör icke underkastas ett tvång, som kanske är alldeles onödigt, blott för att bereda motparten en lättnad. Möjligheten att varda hörd på

[1]) Se ofvan s. 55 ff.

[2]) N. U. § 65 låter parterna genast göra bruk af detta bevismedel; enligt österrikiska förslaget är det subsidiärt.

ed kommer nog ändå att för parten innebära en helsosam varning att i sin framställning inför Rätta hålla sig till sanningen. I alla händelser är det icke nödigt att genom straffhot eller yttre tvång framtvinga uppfyllelse af parts vittnespligt; då han har intresse i saken, kan hans vägran att svärja gifva Domaren all den väg ledning, som erfordras. Men afläggande af vittnesmål kan framträda icke endast som en skyldighet, utan som en *rätt*, en utväg, att i brist af annat bevis genom egen beedigad utsaga få styrka hvad man sagt. Att icke denna rätt bör kunna i första hand göras gällande, följer af hvad vi nyss anfört; först när andra bevis icke göra tillfyllest, kan detta medel användas. Men det kan i fråga sättas, huruvida det bör tillåtas parterna att begge vittna. Detta bör dem icke förmenas; den ena parten behöfver icke tillåta, att Domaren afgör saken på den andra partens ensidiga framställning. Domaren bestämmer då, hvilkendera skall höras först, och väljer naturligtvis dertill den, af hvilken han anser sig kunna vänta den bästa upplysningen, och hör först derefter den andra. Kan den ena af parterna icke tillåtas gå ed, kan Domstolen, för att bevara jemnvigten mellan parterna, förklara sig icke heller vilja höra den andra. Hafva begge yttrat sig på ed, är Domaren naturligtvis icke derför förbunden att tro någondera; han kan, der han icke finner sig hafva vunnit visshet, låta utgången bestämmas af bevisskyldigheten.

Ordnar man institutet på detta sätt [1]), torde inga skäliga anmärkningar kunna mot detsamma göras. För den, som fostrats i

---

[1]) För att gifva en föreställning om, huru parts hörande på ed af lagstiftningen anordnats, införa vi här det österrikiska Förslagets staganden i ämnet:

§ 411. Rätten kan, på parts begäran eller af egen drift, tillåta bevisning genom parternas hörande som vittnen, om genom de af parterna erbjudna bevismedlen eller genom den bevisning, Rätten sjelf upptagit, bevis icke åstadkommits.

Sådant vittnesförhör kan ock ega rum för att bestämma omfånget af skada, för hvilken part äskar ersättning.

Detta bevis erbjudes på det sätt, att parten begär förhör, under angifvande af de faktiska omständigheter, om hvilka förhöret äskas.

§ 412. En person, mot hvilken förekommer något af de i lag stadgade hinder för vittnesmåls afläggande eller som icke får höras på ed, kan icke, om han är part i rättegången, höras såsom vittne. Anser Rätten parten icke ega

den legala teorins skola, kommer det utan tvifvel alltid att framstå som en onaturlighet; i de länder, der det införts, har det vi-

---

någon kunskap om den omständighet, hvarom han skulle höras, må Rätten icke medgifva, att han såsom vittne höres.

§ 413. Föres rättegång af ett öppet handelsbolag, äro alla bolagsmännen, att betrakta som parter; föres den af ett kommanditbolag, äro alla bolagsmän som personligen ansvara för bolagets förbindelser, att anse såsom parter.

Föres rättegång af annan juridisk person, är dess laglige representant att behandla såsom part.

Står part under förmyndare, pröfvar Rätten, om den omyndige eller hans målsman eller båda böra höras.

Är konkursbo part, kan Rätten höra antingen boets förvaltare eller konkursgäldenären eller dem båda.

Kunna enligt här gifna föreskrifter flere personer komma i fråga att höras å ena eller andra sidan, bestämmer Rätten, hvilka bland dem böra höras; dock må Rätten anställa förhör med dem alla, om den så aktar lämpligt.

§ 414. Äro å endera sidan flere parter med gemensam talan, ege Rätten bestämma, hvilka bland dem böra höras; dock kan Rätten äfven låta dem alla höras.

§ 415. Den part, hvilken är bevisskyldig för ett framställdt påstående, varde först i saken hörd. (1881 års Förslag.)

Är förhör med denna part enligt § 412 icke tillåtet, kan Rätten antingen alldeles utesluta bevis genom parts hörande eller inkalla motparten till förhör. Äfven annars kan Rätten låta först afhöra andra parten, om den anser bättre upplysning dermed vinnas.

§ 416. Efter det ena parten blifvit såsom vittne afhörd, kan motparten, der han icke är enligt § 412 från vittnesbörd utesluten, äska att ock varda i saken hörd.

Vägrar part att vittna eller finnes dess utsaga icke till bevis tillräcklig, då må ock Rätten till vittnesförhör inkalla andra parten.

§ 417. Talar part såsom vittne osant, skall sådant anses såsom falskt vittnesbörd inför Rätta.

Förr än part höres, underrätte honom Domaren uttryckligen, att han har att yttra sig i egenskap af vittne.

Innan sådan tillsägelse gifves, må Domaren till sakens upplysning till parten ställa spörsmål. På de utsagor, som före berörda tillsägelse af parten afgifvas, ega de i lag stadgade påföljderna å mened icke tillämpning.

I protokollet skall anmärkas, att sådan tillsägelse blifvit part meddelad.

418. Förr än part vittnar skall han edfästas. Äro båda parterna derom ense, höres parten utan ed.

Höres part först efter det motparten vittnat, kan edfästelsen uppskjutas, till dess vittnesmålet är aflagdt; finnes då utsagan icke förtjena tilltro, tages icke ed af parten.

§ 419. Inga tvångsmedel användas att förmå part, som skall vittna, att inställa sig eller att yttra sig.

Hvilken verkan skall tilläggas den omständigheten, att part å den för vittnesförhör utsatta tid icke infinner sig eller utan tillräckliga skäl vägrar

sat sig vara af väsentligt gagn och ingalunda medföra de vådor, dess vedersakare förespått [1]).

Härmed hafva vi undersökt betydelsen af fri bevispröfning och legal bevisteori och den inverkan, dessa olika grundsatser utöfva på de särskilda bevismedlens reglering. Innan vi lemna detta ämne skola vi till skärskådande upptaga ett par vigtiga bevisregler ur den franska rätten, hvilkas upptagande i en ny rättegångslag kunde i fråga sättas.

Bör vittnesbevisets användning inskränkas?

Den vigtigaste af dessa regler är den, som gifver ett bestämdt företräde åt urkundsbeviset framför vittnesbeviset; bestämmelsen härom återfinnas i *Code civil* art. 1341. [2]) Denna artikel tillbakasätter vittnesbeviset i två hänseenden. Först och främst kan en uppgörelse eller ett aftal icke lagligen styrkas med vittnen, om det är fråga om ett värde af mer än 150 frcs; och för det andra kan bevis genom vittnen icke föras angående tillägg, ändringar eller upphäfvande af ett skriftligen styrkt rättsförhållande, äfven om summan, hvarom det är fråga, icke öfverstiger 150 frcs. Härifrån gör lagen i art. 1347 och 1348 vissa undantag, af hvilka det vigtigaste är det, som för alla handelssaker gifver vittnesbeviset full användning.

---

att yttra sig eller besvara honom förelagda frågor, ege Rätten att vid pröfningen af bevisningen i målet bedöma. Detta gäller särskildt i det fall, att part vägrat svara å sådana frågor, som i § 379: 1 omnämnas (der svaret skulle utsätta parten eller dess närmaste för straff eller vanära eller yppa, hvad part är skyldig förtiga); på grund af mom. 2 i samma § (när svaret kunde vålla vittnet eller dess närmaste förmögenhetsförlust) eger icke part vägra att vittna.

§ 420. I öfrigt ega de om vittnens hörande gifna stadganden tillämpning å partens hörande såsom vittne.

Höres part på egen begäran, kan han icke göra anspråk på särskild godtgörelse för sin inställelse.

[1]) Utom i England har partens hörande på ed praktiskt användts i Österrike, der det infördes för »bagatellförfarandet» redan genom Lagen af den 27 April 1873. Den häraf vunna gynsamma erfarenhet föranledde institutets upptagande i det allmänna processförslaget. Jmfr Motiven till detta s. 11.

[2]) Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir eté dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs.

Fästa vi oss till en början vid den första af dessa inskränkningar, så visar sig densamma vara af genomgripande betydelse, ej blott för bevissystemet utan för förfarandet öfver hufvud; det inverkar bestämmande ej blott på det dagliga lifvets uppgörelser, utan på rättegångens hela gestaltning. Skriften fordras väl icke såsom en för rättshandligars giltighet nödig *form*, så att rättshandlingen är utan betydelse om den ej skriftligen affattats — såsom t. ex. hos oss fallet är med köpehandling angående fastighet; rättsförhållandets tillvaro kan erkännas eller genom ed styrkas. Men icke desto mindre varder den skriftliga formen faktiskt oundgänglig. På förfarandet inverkar vittnesbevisets inskränkning till beredande af en enkelhet och en snabbhet, som med dess bibehållande icke kunna uppnås. Denna regel är sålunda en hörnsten i det franska processystemet och förtjenar derför så mycket mer att närmare granskas.

Såsom skäl för denna inskränkning har man först och främst åberopat vittnesbevisets osäkerhet och otillförlitlighet, i följd hvaraf detta bevismedel i vigtigare saker icke borde användas. Sant är, att vittnen kunna dö eller glömma, under det att skriften troget bevarar, hvad man åt densamma anförtrott; men detta kan dock icke berättiga Lagstiftaren att hindra parterna att utsätta sig för denna olägenhet, om de sjelfva vilja. Lika sant är det ock, att vittnena kunna vittna falskt; men äfven urkunder kunna förfalskas med en skicklighet, som trotsar upptäckt. Men vittnesbeviset har *ett* företräde framför urkundsbeviset: det gör det för Domaren möjligt att rekonstruera rättshandlingen, sådan den var, under det att urkunden endast gifver en bild, hvilken, om än icke afsigtligt vanställd, likväl ofta nog är oskickligt utförd, men som är sådan den är, och icke kan bättras eller fullständigas. Från bevisningens synpunkt kunna sålunda icke tillräckliga skäl anföras för vittnesbevisets inskränkande.

Men från andra synpunkter kan en sådan inskränkning finnas lämplig. Derigenom förenklas, såsom vi nämnt, sjelfva förfarandet; och då det ligger i statens intresse att förekomma onödig

tidsutdrägt i rättegången, kan en åtgärd i sådant syfte anses befogad. Derigenom förekommas också onödiga tvister, då parterna när som helst kunna öfvertyga sig om, hurudant rättsförhållandet mellan dem är beskaffadt. Så beaktansvärda än dessa fördelar äro, synas de dock icke gifva tillräckliga skäl för en sådan lagstiftning, som den franska. Det är otvifvelaktigt en fördel, om uppgörelser ske skriftligen inför personer, som äro fullt mägtiga att skriftligen affatta, hvad som aftalas, och Lagstiftaren bör derför, genom att tillägga urkundsbeviset en viss beviskraft, uppmuntra dertill. Men fördelen köpes för dyrt, om det sker genom att göra den rättslös, som icke försett sig med sådan bevisning. Skriften kommer då att gälla mer än rätten, tro och lofven förlora sin betydelse i handel och vandel. Den i fråga varande föreskriften är i Frankrike gammal — den infördes genom *Ordonnance de Moulins* 1566 — och bruket att upprätta urkund öfver aftal är der nu rotfäst, så att bestämmelsen icke kännes såsom en tunga. Men det dröjde mer än hundrade år, innan man vande sig dervid, och under tiden klagade man, enligt samtida vittnesbörd, att regeln var »*et dura et odiosa et iuri contraria.*»

Den andra inskränkningen utesluter vittnesbeviset helt och hållet »*contre et outre le contenu aux actes.*» Icke heller denna regel synes vara befogad. Om skriften icke har annan uppgift än att gifva en bild af rättsförhållandet, sådant det vid en viss tidpunkt var, synes det ligga i sakens natur, att denna bild bör kunna på hvilket sätt som helst fullständigas och rättas, äfvensom att bevis om rättsförhållandets upphörande må kunna äfven annorledes än genom skrift föras. Väl är det sant, att den omständighet, att handlingen fått den lydelse den har, *kan* innebära, att parterna icke velat fasthålla sin ursprungligen uttalade vilja; men dess affattning kan också bero af missförstånd eller glömska, och det bör derför vara Domarens sak att för hvarje särskildt fall afgöra, huruvida det ena eller det andra är händelsen. Visserligen kan på sådant sätt tredje man genom handlingen missledas; men detta kan icke undvikas, så vida icke hvarje sådan handling förvand-

las till ett »innehafvarepapper» d. v. s. ett sådant, som efter sin lydelse gäller i hvars och ens hand, som i god tro fått det i sin ego.

Kan ett erkännande delas?

En annan bevisregel af stor betydelse innehålles i *Code civil*, art. 1356, som föreskrifver, att ett erkännande inför Rätta icke får delas till dens skada, som gifvit det. Finnes icke annat bevis för den grund, hvarpå ett yrkande stödjes, än motpartens erkännande, eger denne i sin ordning rätt att varda trodd på sin blotta uppgift, att anspråket upphört eller inskränkts, såvida han derför åberopar någon omständighet, som står i samband med det ursprungliga rättsförhållandet.[1]) Åberopar han en alldeles fristående grund dertill — t. ex. qvittning — måste han bevisa denna; och bevisas på vanligt sätt den mot honom åberopade rättsgrunden, måste han också styrka sin invändning. Till stöd för denna regel åberopas först och främst, att om rättsförhållandet är grundadt pä förtroende, d. v. s. utan att bevisning för dess styrkande vid dess ingående anskaffats, bör dess upplösning ock kunna ske på samma sätt. Det är sålunda här i sjelfva verket fråga om en regel angående bevisskyldigheten, hvilken skulle innebära ett undantag från den vanliga regeln, att den som påstår att ett rättsförhållande hvars uppkomst är styrkt, upphäfts eller ändrats, är derför bevisskyldig; denna bevisskyldighet skulle åligga honom endast när rättsförhållandets uppkomst vore styrkt gonom s. k. prekonstituerad bevisning. Då enligt fransk rätt vittnesbeviset har en så inskränkt användning, varder erkännande nästan det *enda* sätt på hvilket ett på förtroende grundadt rättsförhållande kan styrkas, och i följd deraf har regeln kunnat erhålla den, från angifna synpunkt mindre riktiga, formulering, lagen gifver densamma; enligt vår rätt skulle den leda till befrielse från bevisskyldigheten, äfven der rättsförhållandets uppkomst styrktes genom vittnen, *såvida* dessa icke varit för ändamålet tillkallade. En sådan modifikation i den vanliga

[1]) Att parten, om han icke erkänner allt, hvad till grundande af anspråket är nödvändigt, icke behöfver bevisa sin afvikande framställning, är sjelfklart, då hans erkännande icke befriar motparten från *hela* hans bevisskyldighet.

fördelningen af bevisskyldigheten kan otvifvelaktigt hafva mycket för sig. Den som fordrar något *nu*, borde rätteligen visa något mer, än att han *en gång* haft något att fordra: derför att ett rättsförhållande uppkommit, är det ingalunda sagdt att det fortvarar. Har bevis tagits angående dess uppkomst, då är det i sin ordning, att vid dess upplösning antingen dessa bevis till den förpligtade återlemnas, eller ock bevis om upplösningen af honom anskaffas; men har bevis icke tagits om det förra, då synes icke heller bevis om det senare böra kräfvas. Vill man emellertid icke erkänna denna regel angående bevisskyldigheten, saknas skäl, att, såsom en särskild bevisregel, uppställa ett förbud mot erkännandets delning. Det kunde visserligen synas, som borde parten, när han eger rätt att genom erkännande befria motparten från bevisskyldighet, kunna göra detta under det vilkor, att han sjelf i sin tur finge åtnjuta en motsvarande befrielse; ville motparten icke medgifva det ena, finge han icke heller begagna sig af det förra. Härvid är dock att märka, att parten icke eger *godtycklig* frihet att välja mellan att erkänna och att bestrida; han är dervid bunden af sin sanningspligt — derför att han erkänner hvad som är sant, kan han icke fordra någon ersättning af motparten. Med mera skäl kan det sägas, att den som talar sant till sin egen skada, förtjenar att varda trodd äfven när han uppgifver något, som länder honom till för del; men om man genom en *ovilkorlig* regel befriar honom från den menliga påföljden, förlorar ju erkännandet betydelse af uppoffring. Man bör visserligen uppmuntra parten att icke obehörigt bestrida, hvad som är sant, men denna uppmuntran bör icke gå längre, än att han *kan* blifva trodd på sitt ord, icke att han *skall* blifva det. I den franska rätten är regeln nödvändig på grund af inskränkningen i vittnesbevisets användning. Den som erkänner den åberopade grunden emot sig, *får icke* genom vittnen styrka

---

[1]) C. P. O. § 262: Die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses wird dadurch nicht beeinträchtigt, dass demselben eine Behauptung hinzugefügt wird, welche ein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel enthält.

In wie fern eine vor Gericht erfolgte einräumende Erklärung, ungeachtet anderer zusätzlichen oder einschränkenden Behauptungen, als ein Geständniss anzusehen sei, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles

den befrielsegrund han åberopar; han är, om han saknar urkundsbevis, helt och hållet i motpartens hand. Utan den angifna regeln skulle han vara tvungen att neka för att rädda sig sjelf. Från bevispröfningens synpunkt synes alltså en särskild regel af detta innehåll icke vara lämplig; äfven i detta fall bör Domaren ega frihet att pröfva hvad han skall tro eller icke tro.[1]) Genom att höra parten som vittne torde för öfrigt olägenheterna af erkännandets delning bäst förekommas.

Betydelsen af en straffdom för civilt yrkande på samma grund.

Till sist böra vi äfven omnämna den i franska rätten utbildade regeln[1]), att en i straffprocessen gifven friande eller fällande dom är bindande för den Domare, som har att pröfva samma handlings påföljd i civilrättsligt hänseende: »*le criminel emporte le civil.*» Denna regel är icke en enkel tillämpning af grundsatsen om domars rättskraft, ty rättskraften omfattar endast det *yrkande* som afdömts, ej de grunder på hvilka domen hvilar. Icke desto mindre måste det erkännas vara en olämpa, om Domaren i civilprocessen och i straffprocessen komma till olika resultat i fråga om den brottsliga handlingens tillvaro och beskaffenhet; men denna olämpa bör icke häfvas på det sätt, att den ene tvingas att rätta sig efter den andre och att uttala en öfvertygelse, som strider mot hans verkliga. Äfven i detta hänseende är en inskränkning i Domarens fria bevispröfning icke behörig;[2]) han bör döma endast på grund af hvad *han* finner vara sant och riktigt. För den formella öfverensstämmelsen får icke sanning och rättvisa offras. Huruvida det må anses nödvändigt, att brottmålet och det civila yrkandet behandlas åtskils, är en fråga, som icke faller inom gränserna för vår uppgift.

---

[1]) I lagen finnes denna regel icke bestämdt uttalad, utan den har utbildats af doktrin och praxis genom sammanställande af flere stadganden.

[2]) Den ifrågavarande regeln utdömes uttryckligen af den tyska rätten (Promulgationslagen till C. P. O. § 14: 1), samt af det danska förslaget (§ 200).

XI.

Om offentlighet och muntlighet.

För rättegångens säkerhet och snabbhet är äfven formen för förhandlingen inför Rätta af väsentlig vigt, och vi skola derför nu undersöka hvilka fordringar böra i detta hänseende uppställas på rättegångsordningen. Som bekant är här *offentlighet* och *muntlighet* den nyare tidens lösen.

Betydelsen af offentlighet.

Förhandlingens offentlighet innebär först och främst en kontroll mot missbruk från Domarens sida och kan derför sägas vara ett medel för rättsskipningens säkerhet. Det är egentligen inom straffprocessen, offentlighet i rättegången blifvit med skärpa fordrad, och det är också der, den är af största betydelse; deltagandet från allmänhetens sida och dess förmåga att bilda sig ett omdöme äro här större, Domarens ställning gent mot den tilltalade är här så öfvermägtig och kan så lätt missbrukas, att behofvet af kontroll här gjort sig i högre grad gällande än inom civilprocessen. Erfarenheten från den äldre hemliga inqvisitionsprocessen på kontinenten har nogsamt visat, huru nödvändig en sådan kontroll är.

Men äfven om offentligheten icke skulle anses behöflig såsom en verksam kontroll på Domaren, innebär den i allt fall fördelar, hvilka göra den oundgänglig för en rättegångsordning, som skall uppfylla sitt ändamål. Genom förhandlingarnes offentlighet underhålles folkets intresse för rättsskipningen, hvilket är en förutsättning för ett godt rättstillstånd och en sund rättsutveckling, och hos allmänheten framkallas det allmänna förtroende, som ensamt förmår gifva rättsskipningen dess fulla kraft och rätta verkan, men

8

som med hemliga förhandlingar lätteligen rubbas genom obestämda misstankar. Och äfven på parterna och deras fullmägtige utöfvar allmänhetens närvaro ett välgörande inflytande, då äfven deras tal och handlingar ligga öppna för allas skärskådande och bedömande; lögnaktiga framställningar framkomma då icke med samma lätthet, som när parten talar till Domstolen allena. Också inom civilprocessen är derför offentlighet vid förhandlingen icke mindre nödig, än inom straffprocessen, och den är äfven här allmänt antagen såsom regel. [1]) Det ligger emellertid i sakens natur, att vissa inskränkningar i offentligheten äro påkallade i sedlighetens och ordningens intresse eller af undseende för enskilde; och öfverallt medgifver man derför Domaren rätt att af sådan anledning utesluta densamma. [2]) Af annat skäl är i allmänhet också Domstolens öfverläggning till beslut hemlig. En lag af franska Republikens andra år föreskref visserligen, att Domarne skulle »opiner à haute voix», men denna bestämmelse borttogs redan följande år. [3]) Utan tvifvel tala öfvervägande skäl mot offentlighet i detta fall. Derigenom skulle omöjliggöras den ömsesidiga jemkning och inverkan, som just är kollegialitetens ändamål och förtjenst, i det att hvar och en skulle anse som en hederssak att vidhålla sin en gång uttalade mening, och fara skulle derigenom uppstå, att Domarne toge en obehörig hänsyn till det yttre skenet. Huruvida de särskilda meningarne sedermera offentliggöras eller icke, är af mindre betydelse; i Tyskland och Frankrike sker detta icke, endast hvad Domstolen såsom sådan dömt, kommer till allmänhetens kännedom. Å ena sidan kan visserligen mot ett sådant offentliggörande invändas, att den kritik af domen, Domstolen sålunda sjelf lemnar, bidrager att förringa förtroendet till rätts-

---

[1]) C. Pr. art. 87, Tysk »Gerichtsverfassungsgesetz» § 170, D. F. § 76, C. G. art. 84 ff.

[2]) C. Pr. art. 87, Ger. Verf. G. §§ 171, 172, 173, D. F. § 76, C. G. art. 85

[3]) Den engelsk-amerikanska rätten föreskrifver offentlig votering. I Norge är voteringen i Höjeste Ret offentlig i saker, som förhandlats muntligt, men den kan föregås af en enskild öfverläggning mellan Domstolens ledamöter.

skipningens säkerhet; men å andra sidan gifver man, genom att bringa de olika meningarne till allmän kännedom, en välbehöflig väckelse till öfvervägande af juridiska spörsmål och bereder en ersättning för ett offentligt meningsbyte i rättsliga frågor, hvilken för Domarnes och rättens egen utveckling är af oskattbar betydelse.

Hos oss har, som bekant, offentlighet alltid varit regel för Underrätternas förhandlingar, och detta på gammal sed grundade rättsbruk har genom K. Förordningen den 22 April 1881 blifvit ytterligare befäst och närmare begränsadt. Vid Öfverrätterna deremot är rättegången, med knappast nämnvärda undantag, icke offentlig. Denna olikhet härleder sig icke från offentlighetens mindre nytta eller nödvändighet vid dessa Domstolar; hvad som sagts om offentlighetens betydelse för underrättsförfarandet gäller otvifvelaktigt äfven för öfverrättsproceduren. Lagkommittén föreslog också (VII: 2 R. B.), att *all* rättegång skulle vara offentlig; men Lagberedningen införde häri den inskränkning [1]), att endast förhör med parter och vittnen i Öfverrätt skulle ega rum för öppna dörrar. Att endast en så begränsad offentlighet, hvars värde icke kan synnerligt högt skattas, kan med vårt närvarande öfverrättsförfarande tillämpas, ligger ock i sakens natur. Offentlighet är af ingen nytta, om icke den allmänhet, som vid förhandlingen är tillstädes, kan följa dennas gång och uppfatta, hvad å ena och andra sidan anföres. Men skall detta vara möjligt, måste sjelfva förhandlingen för sig gå muntligt, icke genom skriftvexling eller genom ett referat af en föregående förhandling, såsom förhållandet nu är vid våra Öfverrätter. Offentlighet utan muntligt förhandlingssätt är endast ett tomt sken; det ena kräfver det andra. »Allestädes har man sett muntlighet och offentlighet, skriftlighet och hemlighet följa hvarandra.»

Hvad menas med muntlig rättegång?

Angående begreppet muntlighet har, som bekant, mycket tvistats och uppfattningen har, särskildt hos oss, varit vacklande; olika svar hafva gifvits på den frågan: när är en rättegång muntlig? när är den det icke? Grunden till denna olikhet i uppfatt-

[1]) L. B. motiv, s. 8. Jfr Lagkom:s Prot. f. 3 Januari 1821.

ning har legat deri, att man antagit muntlighet vara ett begrepp, som enligt sakens natur *måste* hafva en viss bestämning, som det endast gälde att utfinna. Detta är icke fallet; ur det allmänna språkbruket eller sakens natur kan icke tillförlitlig upplysning om dess *processuella* betydelse hemtas. Ty det gäller om muntligheten som om så många andra processuella institut, att de erhålla sin bestämning och begränsning af det praktiska ändamål, de skola tjena; ehuru visserligen benämningen kan finnas mer eller mindre lämplig från språklig synpunkt. Svaret på frågan, hvad med muntlighet skall förstås, beror sålunda helt och hållet af det ändamål, hvilket man med rättegångens muntlighet afser att vinna; alla de förutsättningar, som äro nödvändiga för uppnående af detta föresatta syfte, måste i rättegången förefinnas, för att förfarandet skall med rätta erhålla denna benämning.

Vidsträcktare och inskränktare betydelse af denna beteckning.

Ser man frågan från denna synpunkt, måste man medgifva, att muntlighet *kan* fattas i en vidsträcktare och i en inskränktare betydelse; att man kan fordra mindre eller mera af ett muntligt förfarande.

Muntlighet i vidsträckt mening.

I vidsträckt betydelse är en rättegång muntlig, när förhandlingen inför Rätta *väsentligen* drifves genom tal, så att, om än ingifvande af skrift icke är förbjudet, Domaren dock vid sjelfva förhandlingen tager kännedom om skriftens innehåll och genom dess uppläsning meddelar den till motparten; i motsats deremot betecknar man en rättegång såsom rent skriftlig, när det sätt, på hvilket parterna meddela sig med hvarandra och med Domaren, är skriftvexling. En sådan, om vi så få säga, yttre muntlighet är långt ifrån betydelselös; derigenom vinnas långt ifrån föraktliga fördelar, hvilka den skriftliga förhandlingen icke förmår gifva. Först och främst möjliggöres derigenom verklig offentlighet i rättegången, hvilket ju redan i och för sig utgör ett så eftersträfvansvärdt mål, att ensamt för att uppnå detsamma den muntliga förhandlingen förtjenar att träda i stället för den rent skriftliga. Vidare beredes derigenom lättare tillfälle för parterna, att sjelfve utföra sin talan, hvilket visserligen ingalunda alltid är till båtnad för

rättsskipningens säkerhet och snabbhet, men som likväl *kan*, särskildt i fråga om ringare saker, vara nyttigt och nödigt. Genom det muntliga framställningssättet vinner förhandlingen i lif och friskhet, och parterna eller deras ombud ha icke lika lätt att inför Domare och menighet framkomma med osanna och vrängda framställningar, som när dessa kunna i tysthet anförtros åt en skrift. Genom den direkta beröring mellan Domstolen och parterna, hvilken genom detta sätt att förhandla åstadkommes, gifver man Domaren möjlighet att utöfva en vaken och kraftig processledande verksamhet, hvars utomordentliga betydelse för beredande af ordning och skyndsamhet i rättegången samt ett riktigt afgörande af målet, vi i det föregående sökt uppvisa — ett inflytande, som genom förhandlingens skriftlighet i hög grad försvåras, för att icke säga alldeles omöjliggöres. Ytterligare eger denna muntliga förhandling det stora företräde framför skriftvexlingen, att den är samtidig, så att den ena parten är i tillfälle att genast besvara motpartens framställning, hvarigenom tid besparas, en mängd missförstånd undanrödjes och sjelfva tvisteföremålet klarare framstår. Slutligen gifver den muntliga förhandlingen Domstolens samtliga ledamöter tillfälle att på en gång erhålla kännedom om processmaterialet, hvilket vid ett skriftligt förfarande skall ske antingen genom en tidsödande läsning af handlingar eller genom åhörande af ett referat af en Domstolsledamot — en utväg, som åter aldrig kan fullt ersätta parternas egna framställningar. Alla dessa fördelar af det muntliga förhandlingssättet äro högst väsentliga; särskildt är möjligheten af en kraftig processledning af den största betydelse, och denna framhålles i allmänhet såsom en af det muntliga systemets förnämsta företräden.

Uppställer man nu såsom det ändamål, man med rättegångens muntlighet vill ernå, endast de fördelar, vi påpekat, då är en rättegång muntlig så snart förhandlingen icke har karakteren af skriftvexling; ty med förhandlingssättets muntlighet vinnes allt detta. Och rättegångens muntliga karakter rubbas på intet sätt deraf, att det som talas derefter fattas i ett skriftligt proto-

koll, för att bevaras och tjena såsom grundval för Domarens pröfning af målet. Muntlig i denna mening är rättegången vid våra Underrätter. Det är denna omständighet, som skyddat oss från all den formalistiska onaturlighet, till hvilken den skriftliga processen leder, och åt vår rättegång bevarat fördelar, som i grannländerna saknats eller först genom de senaste reformerna vunnits.

Muntlighet i inskränktare mening: omedelbarhetsgrundsatsen.

Så stora än dessa fördelar äro, äro de likväl icke de enda, man velat genom muntligheten vinna; och man har derför icke heller kunnat åtnöjas med en muntlighet af den beskaffenhet, vi nyss angifvit. Man har velat vinna något annat och mera, och man har derför också måst gifva muntligheten en annan bestämning, en inskränktare betydelse. Man har genom muntligheten i rättegången icke blott velat bereda ett lämpligare meddelelsesätt mellan Domare och parter, men man har derigenom framför allt velat förskaffa Domaren den fullständigaste och riktigaste grundval för hans dom. Det är en erfarenhet, som på lifvets alla områden bekräftas, att det skrifna ordet aldrig kan ersätta det talade, att det omedelbara intrycket är lifligare, fullständigare, och derför också riktigare, än det medelbara, som den skriftliga uppteckningen gifver. Lika litet som en beskrifning eller till och med en fotografiskt trogen bild kan ersätta den egna åskådningen, lika litet kan det skrifna ordet träda i stället för det talade; ty uppteckningen kan icke medtaga allt det, som sagts. Och äfven om detta skulle vara möjligt — stenografin gifver numera dertill en utväg — kan den icke återgifva det sätt, på hvilket det yttrats; vid en sådan transformering förloras ovilkorligt mycket, som för yttrandets rätta uppfattning är af betydelse. Genom omsättningen i skrift skapas ett nytt uttryck för det, som muntligen anförts, och detta uttryck kan aldrig, äfven med användande af all samvetsgrannhet, blifva fullt korrekt, fullt uttömmande; det sätter alltid den skrifvande i den talandes ställe, det nedskrifna ordet får lätt en betydelse, som det taladc icke egde, eller tvärt om. Erkänner man, att Domaren bör för sakens bedömande få använda allt hvad till upplysning kan tjena, kan man icke hänvisa honom till ett protokoll, som endast ofullständigt kan återgifva detta.

Fri bevispröfning och muntlig rättegång äro korrelat till hvarandra; det innebär en motsägelse att å ena sidan vilja gifva Domaren frihet att beakta allt, som på sakens bedömande inverkar, men å den andra sätta i hans hand ett material för pröfningen, hvilket man afsigtligt beröfvat en god del af dess förmåga att lemna en riktig belysning af saken. Att verkligen låta intrycket af förhandlingen, sådant det omedelbart framträder för Domaren, utgöra grundvalen för målets pröfning, är nu det syfte, man med muntligheten ytterst afser, och karakteren af muntlighet blir, när den bestämmes efter *detta* ändamål, en annan än den nyss angifna. Det är icke nog att förhandlingssättet är muntligt; man måste fordra, att det är just denna muntliga förhandling och intet annat, som bildar materialet för domen. Ej nog med att allt, som muntligen anförts, vid domen beaktas, utan att vara i skrift fixeradt, man måste ock, om syftet skall vinnas, uppställa den fordran, att intet får beaktas utan att vara muntligen anfördt. Först då är rättegången fullt muntlig. Vigten ligger sålunda icke derpå, att det talas inför Rätta och icke skriftvexlas, utan det väsentliga är, att det *dömes omedelbart på grund af den muntliga förhandlingen.* Med hänsyn härtill plägar man ock säga, att i sådant fall tillämpas *omedelbarhets*grundsatsen.

Det är detta begrepp, man numera i allmänhet fäster vid muntlighet i rättegången — en uppfattning af dess betydelse, som för öfrigt har uttalats redan af tvenne ledamöter af Lagkommittén, då de yttra[1]: »*Skriftlig* procedur är af två slag: antingen föra parterna ut sin sak genom redan färdiga *skrifter*, som till Rätten ingifvas, eller ock göra de muntliga anföranden, dem Domaren är skyldig *skrifva* eller *låta skrifva* i protokollet. Det senare är det, som för närvarande brukas i Sverige. — — — Detta har visserligen namn af muntlig procedur, men är det i sjelfva verket icke; ty proceduren är ej mindre skriftlig, derför att parterna få begagna Domaren eller protokollisten till skriftställare. *Muntlig*

[1]) Prot. f. 3 Jan. 1821. Detta yttrande upptogs af Lagberedningen i motiven till IX kap. R. B.

procedur åter har sin rätta och sanna karakter deruti, att alla parternas anföranden till sakens deducerande äro och förblifva endast och allenast muntliga.» Det är muntlighet i denna mening, den nyare tidens reformsträfvanden på civilprocesslagstiftningens område i alla länder haft till syfte att införa i mer eller mindre modifierad form. För vår rätt är denna muntlighet främmande; det är icke den muntliga förhandlingen, utan det öfver denna uppsatta protokollet, som är grundval för domen; det som der icke upptagits, är utan all betydelse för sakens pröfning.

Skrifts användning i muntlig rättegång.

Af den anförda karakteren på ett muntligt rättegångssätt följer emellertid ingalunda, att skrift måste helt och hållet bannlysas från rättegången, för att denna skall förtjena en sådan benämning. Skrift kan tvärt om der icke undvaras; men den har icke samma uppgift, som i det skriftliga förfarandet. Den får icke vara grundval för uppfattningen af sakens sammanhang, men den bör användas som ett medel att med full säkerhet *fastställa* sådant, som är grundläggande för tvistemålets omfång, och att för framtiden *bevara* det resultat, till hvilket rättegången leder. Derför böra de yrkanden, parterna framställa (*»die Anträge», »les conclusions»*) och om hvilka hela rättegångsförhandlingen vänder sig, samt de ändringar eller tillägg, som deri under rättegången göras, vara skriftligen affattade, på det att tvekan om dem icke må kunna uppstå; och detta kan ske antingen så, att de på förhand uppsättas och vid rättegångens början till Rätten ingifvas, eller genom uppteckning i ett vid Rätten fördt protokoll fastställas. Likaså böra ock på samma sätt i protokollet eller i en detsamma bilagd skrift upptagas medgifvanden, förlikningar och andra processuella åtgärder — t. ex. fullmagter — som för processens fortgång och afgörande äro af betydelse. Icke mindre nödvändigt är det, att den slutliga domen skriftligen affattas, på det att om den afdömda saken icke mera må kunna tvistas. Slutligen möter intet hinder att låta *bifrågor,* som icke angå sjelfva hufvudsaken, behandlas skriftligt, om detta, såsom ofta är fallet, medför större enkelhet och mindre omgång. Allt detta strider

icke mot muntlighetens ändamål, och en sådan användning af skrift är i alla på muntlighet grundade rättegångsordningar antagen.[1]) Att skrift för öfrigt i den muntliga rättegången har en vigtig uppgift såsom medel att *förbereda* förhandlingen, skola vi längre fram visa.

Fullständigt sakprotokoll föres icke.

Ett fullständigt sakprotokoll, sådant det i vår rättegång förekommer, är deremot i den muntliga utan ändamål. Förhandlingsprotokollet är der ytterst summariskt; det upptager i regeln endast ort och tid för förhandlingen, de närvarande Domarnes namn, saken hvarom fråga är samt parternas eller deras fullmägtiges namn äfvensom de omständigheter, hvilka vi nyss angifvit böra i skrift fästas.[2]) Men hela det öfriga processmaterialet upptages deri icke; oftast anmärkes det blott att »parterna förhandlade i saken». Genom frånvaron af ett fullständigt förhandlingsprotokoll utsättes emellertid Domaren för faran att förgäta hvad som muntligen anförts. Huru denna fara skall förebyggas och på hvad sätt man sörjer för att processmaterialet vid domens afkunnande föreligger friskt och ofördunkladt för Domaren, skall framdeles visas. Här anmärka vi endast, att Domaren af muntlighetsgrundsatsen icke är förhindrad att använda skrift såsom medel att *understödja* sitt minne. Han kan under förhandlingen göra anteckningar öfver hvad som förekommit, och en sådan rent enskild protokollation underlåtes icke af någon samvetsgrann Domare i de länder, der muntlighet råder. Men ett sådant protokoll är af helt annan betydelse, än protokollet i vår rättegång. Det understödjer, men det binder icke, det gör på intet sätt anspråk på att *ersätta* den muntliga förhandlingen och att innehålla *allt*, hvad Domaren skall beakta, utan det lemnar honom fullständig frihet att döma på grund

[1]) I sammanhang härmed anmärka vi, att protokoll i Tyskland och Frankrike icke föres i ett sammanhang för hela rättegångssammanträdet, utan att för hvarje gång, ett mål förekommer, ett särskildt protokoll uppsättes, hvarefter alla dessa uppteckningar, jemte alla till saken hörande ingifna handlingar, bilda en *akt*, som hos Rätten förvaras och af hvilken afskrift på begäran meddelas.

[2]) C. P. O. §§ 145, 146, Ö. F. §§ 230, 231, D. F. §§ 83—85.

af det intryck, sjelfva förhandlingen gifvit honom. Det skall icke vara annat än ett hjelpmedel, och det får icke vara något annat; allt som kunde föranleda Domaren att gifva det en större betydelse, är från muntlighetens synpunkt förkastligt.

Sedan vi sålunda sett, huru muntlighetsgrundsatsen i sin motsättning mot det skriftliga förfarandet af den nyare processlagstiftningen fattas, skola vi närmare undersöka, hvad denna grundsats innebär — hvad den fordrar för att kunna med fördel genomföras, de konseqvenser till hvilka den med nödvändighet leder. Ty processen bildar ett kompliceradt maskineri, der det ena hjulet skall gripa i det andra; ändrar man ett, måste man ock afpassa de andra derefter, om icke hela verkets gång skall äfventyras. Särskildt är muntligheten af djupt ingripande betydelse och inverkar på mer än ett sätt på processens hela gestaltning.

Närmare bestämning af muntlighetens fordringar.

I muntlighetens begrepp ligger först och främst att hela förhandlingen i saken — allt som på densamma inverkar — för sig går omedelbart inför den Domare, som skall döma i saken. Det måste fordras, att ej mindre framställningen af sakens faktiska sammanhang, af påståenden och bemötanden, än äfven den bevisning, som till upplysning om det verkliga sammanhanget företes, omedelbarligen föreläggas den Domare, som skall pröfva; endast undantagsvis, när det mer är fråga om att bestyrka ett visst factum, t. ex. en vittnespåskrift, än att redogöra för ett omtvistadt förlopp, kan det vara likgiltigt, om Domaren iakttager omedelbart eller icke. Endast i sådana fall, eller der stora svårigheter för bevisets upptagande inför Rätten sjelf möta, bör undantag medgifvas. Från denna regel afviker emellertid den *franska* rätten, i det den i det vanliga förfarandet vid de allmänna Domstolarne [1]) förlägger endast »*la plaidoirie*», d. v. s. den muntliga framställningen af tvistens faktiska och rättsliga sida, till den Domstol, som skall döma, men deremot låter allt egentligt bevisför-

---

[1]) Vid handels- och fredsdomstolarne upptages beviset omedelbart (C. Pr. Artt. 34, 35, 432) och i det s. k. summariska förfarandet vid första instansens Domstolar iakttages detsamma (Art. 407).

farande ega rum inför en annan Domare — *juge commissaire* — som uppsätter ett protokoll öfver bevisförhandlingen, hvilket derefter föreläggges Domaren i hufvudsaken (Artt. 255, 271). Denna afvikelse från muntlighetsgrundsatsen, genom hvilken man velat göra den tidsförlust, som en bevisföring vanligen orsakar, mindre betungande, då den icke drabbar den kollegiala Domstolen i dess helhet, har i den franska processen ingalunda samma betydelse, som den annorstädes, till exempel hos oss, skulle ega. Såsom vi förut visat, har urkundsbeviset i den franska processen erhållit en öfverväldigande betydelse, och detta bevismedels användning erfordrar icke ett särskildt bevisförfarandes omgång; denna urkundsbevisets öfvervigt jemte den frihet, med hvilken den franske Domaren använder »omständigheterna i saken» såsom bevisgrund, för med sig, att i det långt öfvervägande flertalet fall ett särskildt bevisförfarande icke erfordras. Öfriga nyare processordningar, deri inbegripna äfven lagen för Genève och det franska revisionsförslaget, föreskrifva deremot *såsom regel,* att beviset skall föras inför den Rätt som dömer, och medgifva endast såsom undantag dess upptagande i annan ordning [1]).

Muntligheten kräfver vidare, att under det att sakens förhandling pågår, ombyte af Domare icke må ega rum, och att, om ett sådant är nödvändigt, den del af förhandlingen, som föregått ombytet, då måste förnyas. Denna regel är ock utan undantag erkänd i den nyare lagstiftningen. [2])

Skall det omedelbara intrycket af den muntliga förhandlingen tjena till grundval för domen, måste denna äfven till tiden följa omedelbart på förhandlingarne; så snart förhandlingen är afslutad, bör öfverläggning till dom ega rum, äfven om med domens slutliga fastställande och afkunnande någon kortare tid måste anstå. [3])

[1]) C. P. O. §§ 320, 337, 340, 367, 399, 441. Jmfr Ö. F. § 316. D. F. §§ 203, 232. C. G. Art, 180. Revisionsförslaget art. 218, 244.

[2]) C. P. O. § 280, Ö. F. § 430, D. F. § 275: 2.

[3]) C. Pr. art. 116; C. P. O. § 281 medgifver högst en veckas uppskof med doms afkunnande. Likaså Ö. F. § 432. D. F. § 274 föreskrifver, att de domare, som skola döma i saken, ej må åhöra annan saks förhandling »førend Dommen er vedtaget».

Om förhandlingen afbrytes och uppskjutes till ett annat rättegångstillfälle, måste i regeln den föregående förhandlingen förnyas vid detta senare tillfälle. Häri framträder en väsentlig olikhet mellan den muntlighet, som endast fordrar muntlig förhandling, och den som fordrar att *endast* på grund af denna förhandling skall dömas; den förra kan sörja för processmaterialets bevarande genom skrift, den senare kan icke, utan att bryta mot sig sjelf, använda ett sådant medel. I förra fallet är processmaterialet i behåll, i senare fallet är det förflygtigadt och måste förnyas. Emellertid bör icke en sådan repetition uppställas såsom en ovilkorlig regel; det kan allt för väl hända, att intrycket af den föregående förhandlingen af Domaren ännu bevaras i frisk hågkomst, och i sådant fall är ett upprepande öfverflödigt, åtminstone af förhandlingen i dess helhet. Man får icke förgäta, att Domaren till stöd för sitt minne gör anteckningar, och att dessa *kunna* vara tillräckliga att åter ställa sakens läge klart för hans medvetande, synnerligast om endast en kortare tid förflutit mellan det förra och det senare sammanträdet. [1]) Domaren bör derför sjelf bestämma, huruvida och i hvilken omfattning hans minne behöfver uppfriskas genom ett upprepande af förhandlingen.

Den rena muntligheten ställer i alla händelser på Domaren stora fordringar; det talade ordet måste uppfattas, då det uttalas, sedermera är det försent. Låter Domaren något gå sig förbi, är det förloradt; det material, på hvilket domen skall byggas, varder då ofullständigare, än om det fattats i skrift, och dermed varder också resultatet af muntligheten i grund förfeladt. Om det än ligger i sakens natur, att det muntliga rättegångssättet, just genom de anspråk det ställer på Domarens skarpsinne och uppfattningsförmåga, också är egnadt att hos honom utveckla dessa egenskaper, kan detta dock icke ske utöfver en viss gräns. Det bör derför vara Lagstiftarens ögonmärke att så mycket som möjligt söka

---

[1]) Ö. F. § 191 skiljer derför mellan »Vertagung» och »Verlegung» af förhandlingen; den förra eger rum vid uppskof på kortare tid, den senare på längre. Endast vid »Verlegung» är en fullständig reproduktion föreskrifven.

underlätta Domarens möda, utan att derför uppoffra muntlighetsgrundsatsen; och då muntligheten icke är sitt eget ändamål utan skall tjena ett högre, bör Lagstiftaren icke heller tveka att låta muntligheten helt och hållet vika i de fall, der han finner att på sådant sätt ett bättre resultat vinnes.

Fall der muntligt förfarande ej är lämpligt.

Ett sådant fullständigt uppgifvande af muntligheten är den »*instruction par écrit*» som föreskrifves af den *franska* rätten (art. 95 ff. C. Pr.) för vissa fall. Der en muntlig förhandling icke skulle kunna af Domaren väl uppfattas — der det gäller omfattande genealogier eller invecklade räkenskaper — utses af Domstolen en »rapporteur», till hvilken parterna få öfverlemna alla till saken hörande handlingar och inför hvilken de skriftligen utveckla sin talan. Sedan skriftvexlingen slutats, refereras saken inför Domstolen, utan att parterna der få uppträda, hvarefter denna dömer i saken. Denna skriftliga processinstruktion har i praxis föga användning [1], och det franska revisionsförslaget har helt och hållet uteslutit densamma. Men vid sidan af detta rent skriftliga förfarande känner den franska rätten under namn af »*reddition de compte*» (art. 527 ff.) en *förberedande*, på skriftlighet hvilande förhandling, motsvarande vårt vidräkningsförfarande. Denna förberedelse, som eger rum i fråga om granskning af räkningar öfver förmögenhetsförvaltning, består deri, att parterna inför en dertill utsedd Domare genomgå de särskilda räkningsposterna, hvarefter Domaren afgifver en »rapport» angående sakens ställning till Domstolen, som dömer, sedan parterna här fått muntligen utveckla sin talan. Lagen för *Genève* (art. 91 ff.) gifver Domaren rätt att, när helst han finner saken det fordra eller parterna sjelfva det begära, anordna skriftvexling i stället för muntlig förhandling, men medgifver icke användande af »rapporteur», utan fordrar, att Domstolen i dess helhet skall taga kännedom om saken. Den *tyska* processen har också ansett nödigt att för tvister som angå invecklade räkenskaper eller andra vidlyftigare uppgörelser anordna ett

---

[1]) År 1878 användes den endast i 31 fall.

särskildt förfarande, hvilket är bildadt efter mönstret af det franska förfarandets »reddition de compte», och som endast tjenar att förbereda den muntliga förhandlingen. [1]) Inför en för ändamålet utsedd Domare sammankomma parterna och framställa sina anmärkningar och påståenden jemte de omständigheter, hvarpå dessa stödjas, och de bevis, som åberopas, hvarefter ett protokoll öfver förhandlingen uppsättes. Saken går derefter till den Domstol, dit den hör, och der få parterna nu muntligen framställa resultatet af den förberedande förhandlingen. Men de äro dervid bundna af protokollet; endast hvad deri finnes upptaget kan af Domstolen beaktas, hvarje tillägg eller förändring är utesluten — såvida icke de »nya skälen» först sedermera blifvit funna — och det innebär sålunda en olikhet endast i sätt men icke i sak, att parterna, men icke, såsom i Frankrike, en »rapporteur», meddela resultatet af förberedelsen. I högre instans kan nytt material utan inskränkning anföras. På samma sätt har *österrikiska* förslaget anordnat ett särskildt förfarande i »*Sachen von aussergewöhnlichem Umfange*» (§§ 309 ff.), och *danska* förslaget medgifver »*i vidtløftige Regnskabssager og andre indviklede Retssager*» ett särskildt förfarande, som består i skriftvexling med muntligt bevisförfarande och slutförhandling (§§ 388 ff.)

Der målet åter är af beskaffenhet att kunna på grund af muntlig förhandling afgöras, der bör detta också ske; men man måste i alla händelser tillse, att icke på Domarens uppfattningsförmåga ställas anspråk, som den icke mägtar motsvara; man bör så vidt möjligt är bereda honom en samlad öfversigt af det material han skall bedöma. Man måste derför söka förekomma, att detta matetial växer ut till allt för stora och invecklade proportioner; i all synnerhet måste man se till, att det på en gång föreläggges honom. Han måste genast, när han hör förhandlingen, bilda sig en klar uppfattning af saken; han har icke tillfälle att sedermera i allt mak läsa sig till en sådan ur akter eller pro-

1) C. P. O. §§ 313 ff. — Detta särskilda förfarande eger rum endast i saker som falla under de kollegiala Domstolarnes behörighet.

tokoll. Nödvändigt vilkor för ett lyckligt resultat af det muntliga rättegångssättet är derför *fördelning* af de särskilda frågor, som i tvistemålet innefattas, samt *koncentration* af allt det material, som för hvarje särskild frågas pröfning skall beaktas.

Domarens processledande verksamhet med särskild hänsyn till muntligheten.

En lämplig sönderdelning af de i rättegången ingående spörsmålen kan Domaren sjelf åstadkomma genom att skickligt begagna sin rätt att leda processens gång. Muntligheten fordrar i detta hänseende en vidt gående befogenhet och kräfver ett vaket användande af densamma.

Först och främst kan Domaren anordna en särskild förhandling öfver s. k. processhindrande invändningar, hvilka skola framställas före svaromål i sak, så att frågan om svarandens skyldighet att inlåta sig på rättegången är afgjord, innan hufvudförhandlingen börjar[1]). Äfven i fråga om den materiella tvistefrågan bör samma sträfvan att på lämpligt sätt fördela processmaterialet göra sig gällande. Icke nog med att Domaren bör skilja alla sådana yrkanden, som i målet äro sammanförda, men i sjelfva verket icke stå i något inre samband med hvarandra; han kan äfven åtskilja sådana tvistepunkter, hvilka ingå såsom gemensamme faktorer i samma yrkande, såsom särskilda grunder för detta, men som äro sjelfständige gent emot hvarandra, t. ex. fordran på grund af ett aftal och en derjemte gjord utfästelse, bestridande på grund af aftalets ogiltighet men derjemte på grund af preskription, qvittning eller eftergift. Äfven i detta hänseende eger Domaren enligt de processordningar, som tillämpa muntlighetsgrundsatsen, rätt att utöfva den processledning, som erfordras. Så föreskrifver den *tyska* lagen § 137, att om till stöd för ett yrkande åberopas flere sjelfständiga angrepps- eller försvarsmedel — d. v. s. sådana på saken inverkande facta, som icke stå i nödvändigt sammanhang med hvarandra — Domstolen kan anordna särskild förhandling öfver hvart och ett för sig. Icke heller afgörandet uppskjutes till dess saken är i sin helhet mogen för dom; genom en s. k. »*Zwischenurtheil*»

[1]) C. P. O. § 248. Ö. F. § 293. D. F. § 174.

afgör Domaren en dylik fristående tvistepunkt, likasom han på samma sätt kan skilja ifrån sig alla under rättegången uppkomna stridigheter mellan parterna och tredje man (§ 275). Likaså kan han afgöra frågan, om ett anspråk är grundadt eller ej, men lemna tvisten om beloppet tills vidare öppen (§ 276); och genom s. k. *Theilurtheil* kan han afdöma de delar af de framstälda yrkandena, hvilka han anser färdiga att pröfvas (§§ 273, 274). Då dessa domar äro för Domaren bindande, och han. således vid hufvudsakens afgörande icke återkommer till dessa delar af saken, är det klart, att på detta sätt det material väsentligen minskas, som på en gång skall vara närvarande för hans medvetande. Det *österrikiska* förslaget går icke så långt. Väl medgifves särskild förhandling i ungefär samma utsträckning som i den tyska rätten (§§ 217, 218), men förslaget tillåter icke särskildt afgörande i annat fall, än då vissa delar af de framstälda yrkandena kunna genom »Theilurtheil» afdömas (§§ 425, 426). Den tyska rättens »Zwischenurtheile» har förslaget icke upptagit, emedan derigenom efter förslagets mening ett olämpligt band lägges på Domarens frihet vid den slutliga pröfningen [1]). Närmare den tyska rätten står det *danska* förslaget (§§ 102, 273). Äfven den *franska* rätten gifver Domaren en stor frihet att lämpligen fördela förhandlingen och tillåter jemväl att särskilda punkter genom dom afgöras. (Pr. art. 338: 2).

Koncentration nödvändig.

På sådant sätt har man velat vinna en lämplig fördelning af processmaterialet. Men detta medel är icke tillräckligt för att betrygga muntlighetens lyckliga genomförande; man måste också söka förekomma, att det material, som hör tillsammans, splittras genom förhandlingens fördelning på olika sammanträden. Man måste, så vidt möjligt är, förekomma uppskof i rättegången. Äfven med en skriftlig procedur äro sådana visserligen ett ondt,

---

[1]) Jfr motiv s. 141. Genom s. k. »präjudicialurtheil» kan likväl Domstolen afgöra frågan om grunden för ett omtvistadt anspråk, utan att pröfva frågan om beloppet, samt yttra sig om tillvaron af ett rättsförhållande, utan att samtidigt pröfva de derur härledda anspråk. (§ 427).

då de verka uppehåll med målets afgörande, och i skyndsamhetens intresse bör man söka förekomma dem; men för sakens behöriga pröfning utgöra de intet hinder, då allt, som *får* inverka på afgörandet, finnes skriftligen affattadt i behåll. I dubbelt hänseende menligt verka uppskofven i en muntlig rättegång, då intrycket af en föregående förhandling icke kan i full klarhet bevaras till en efterföljande, och man derför kan nödgas börja om ånyo. Och vill man genomföra omedelbarhetsgrundsatsen äfven i fråga om beviset, måste i allmänhet, så snart saken icke afgöres vid det tillfälle, då bevis förebringas, hela bevisförfarandet göras om ånyo; det är då icke blott parterna, som skola föredraga saken på nytt, äfven vittnen och sakkunnige skola infinna sig ånyo. Det är gifvet, att om man på allvar vill sätta i fråga att genomföra muntlighet, man måste se sig om efter utvägar att förekomma den omgång och de kostnader, som med en sådan reproduktion äro förenade; man måste söka, såvidt möjligt, sammanföra allt, som på saken inverkar, ej mindre parternas ömsesidiga påståenden, angrepps- och försvarsmedel, utan ock all den bevisning, som till uppgifternas styrkande skall förebringas. Detta är icke möjligt, utan att parterna på förhand förberedt förhandlingen, underrättat hvarandra ej blott om sina ömsesidiga yrkanden, utan också om de medel, de ämna använda till angrepp eller försvar och de bevismedel, de tänka begagna, så att de å ömse sidor kunnat fullständigt förbereda striden. Förhandlingen inför Rätten skall egentligen vara endast en uppvisning för Domaren, som skall döma; sjelfva utredningen bör för sig gå, innan saken kommer inför Rätta.

Skriftvexling såsom medel att åstadkomma koncentration.

Det läte nu tänka sig, att parterna eller deras ombud först med hvarandra genomginge den tilltänkta förhandlingen, för att derefter framställa den inför Domstolen. Ett sådant sätt att gå till väga skulle emellertid vara i mer än ett hänseende olämpligt, och det skulle aldrig gifva en fast utgångspunkt för den följande förhandlingen. Det bästa sättet att bereda en sådan är att *genom skrift* låta parterna gifva hvarandra de meddelanden, som

behöfvas; och vi hafva derför här att taga i betraktande den vigtiga rol, som skrift såsom medel att *förbereda* rättegången spelar i den muntliga rättegången. Vi fästa oss då till en början vid sättet att förbereda förhandlingen vid de kollegiala Domstolarne; till följd af saknaden af advokater måste förberedelsen vid enmansdomstolarne ordnas på ett något afvikande sätt. Vid de förra Domstolarne förberedes förhandlingen genom *skriftvexling*; och vi skola derför lemna en redogörelse för den förberedande skriftvexlingen efter olika processystem, för att derefter närmare belysa dess betydelse. Vi taga dervid först hänsyn till sträfvandet att koncentrera den muntliga *förhandlingen* om tvisten, för att sedermera undersöka, på hvad sätt ett sammanförande af *bevisningen* skall åstadkommas.

Skriftvexlingen enligt fransk rätt.

I *Frankrike* skiljer man målen i tvenne klasser — *matières ordinaires* och *matières sommaires;* och denna skilnad har framför allt betydelse med afseende på den förberedande skriftvexlingen. Summariskt behandlas alla personliga fordringsanspråk, som ej öfverstiga 1,500 francs, tvister om fastighet, då afkastningen ej går öfver 60 francs (art. 404) samt alla handelssaker. Förfarandet karakteriseras här af vissa förenklingar i de vanliga formerna, men icke genom någon inskränkning i bruket af angrepps- och försvarsmedel; det har endast namnet gemensamt med de processarter, der detta är fallet, såsom t. ex. urkundsprocessen. Det ordinära förfarandet[1]) inledes genom en »exploi. d'ajournement», som käranden tillställer sin motpart och som kort angifver kärandens yrkande och anmanar svaranden att utse en *avoué*. Denne har derefter att tillställa kärandens avoué svarandens »*défenses*», hvarefter käranden afgifver skriftliga »*réponses*». För hvar och en af dessa åtgärder äro vissa frister i lag föreskrifna, men dessa tidsbestämmelser hafva endast den betydelsen, att efter deras utlöpande den försumlige parten utan vidare kan af motparten inkallas att möta inför Domstolen; denna har ännu

[1]) C. Pr. art. 75—80.

alls ingen beröring med saken. Sedan tiden för skriftvexlingen utlupit, kan hvilkendera af parterna som helst (»la partie la plus diligente») (art. 80) inkalla motparten till förhandling (audience), dervid han aflemnar sina s. k. *conclusions motivées*, d. v. s. en kortfattad skriftlig framställning af de yrkanden, han ämnar framställa, och de grunder, på hvilka han stödjer dessa. Den första förhandlingen eger derefter rum, efter målets ordning å saklistan (le rôle), och består deri, att parterna uppläsa sina conclusions (»poser les qvalités»). Nu är förberedelsen afslutad, målet är »en état» (art. 343) och på ett *följande* sammanträde kommer saken till muntlig förhandling (la plaidoirie) i ordningsföljd efter inskrifningen å listan. Parterna kunna visserligen ändra sina conclusions under förhandlingens gång, men ändringen måste då affattas i skrift och denna till Rätten ingifvas (art. 337). Vid det summariska förfarandet bortfaller hela den förberedande skriftvexlingen, så att »les conclusions motivées« — hvilka väl icke efter lagens ord (art. 405), men enligt allmänt antagen praxis fordras — utgöra den enda skriftliga förberedelsen. Åtskilnaden mellan summariskt och ordinärt förfarande har i Frankrike varit föremål för lifligt och enstämmigt klander såsom onaturlig, godtycklig och onödig. Den förberedande skriftvexlingen är utan ändamål, den läses icke, hvarken af Domare eller advokater, den vållar odrägliga uppehåll med målens behandling, då Domstolen icke kontrollerar, att de bestämda fristerna iakttagas, och då advokaterna icke kunna förfara strängt mot hvarandra; den endast fördyrar och förlänger rättegången. Allt, hvad som behöfves, är den kortfattade förberedelsen genom »conclusions motivées». Af dessa skäl har lagen för *Genève* uppstält det summariska förfarandet såsom regel[1]), så att saken genast på grund af stäm-

[1]) Faktiskt är detta äfven förhållandet i Frankrike; af alla under år 1878 vid första instansens domstolar handlagda mål voro 46 procent »affaires sommaires», och då dessutom alla saker vid handelsdomstolarne behandlas såsom sådana, utgjorde »les affaires ordinaires» endast en ringa del af hela antalet mål.

ningen pläderas; men finner Rätten, att detta icke låter sig göra, föreskrifver den en »instruction préalable», som består i delgifning af åberopade urkunder eller i skriftvexling mellan parterna. Tid för sakens slutliga plädering bestämmes antingen genast eller först sedan skriftvexlingen afslutats, när det icke kan på förhand beräknas, inom hvilken tid detta bör kunna ske.[1]) I det franska *revisionsförslaget* är skilnaden mellan ordinärt och summariskt förfarande helt och hållet uppgifven; der föreskrifves endast, att parterna skola tillställa hvarandra »conclusions motivées» före inställelsen vid Domstolen.[2])

Skriftvexling efter tysk rätt.

Efter *tysk* rätt inledes rättegången derigenom, att käranden till Rätten ingifver en skriftlig stämning (*die Klage*), derå Rättens ordförande utsätter tid för förhandlingen. Denna stämning delgifves svaranden, hvilken har att inom viss tid besvara densamma genom att å sin sida angifva sina yrkanden. Dessa »*Anträge*» bilda nu sjelfva ramen för förhandlingen och måste, när förhandlingen inför Rätta börjar, skriftligen affattade aflemnas till protokollet. Men dessutom böra parterna å ömse sidor i så kallade »vorbereitende Schriftsätze» — hvilka kunna upptaga äfven »die Anträge» — meddela hvarandra de angrepps- och försvarsmedel, af hvilka de i rättegången ämna begagna sig, och underrätta hvarandra om den ställning, de ämna intaga till de å motsidan åberopade (C. P. O. §§ 120, 121). Dessa förberedande skrifter skola icke fullständigt utveckla saken, endast gifva en skisserad framställning af parternas tilltänkta tillvägagående; deduktion af rättsfrågan är för dem främmande. Skrifterna meddelas icke blott motparten utan också Domstolen. Sedan skriftvexlingen slutat, företages saken å den derför bestämda tiden till muntlig förhandling inför Rätten. — Motsvarande stadganden återfinnas i det *österrikiska* förslaget § 271 ff.

Skriftvexling enligt det danska förslaget.

Det *danska* förslaget skiljer mellan de skrifter, som utgöra sjelfva grundvalen för processen, »Sagsfremstillinger» (§§ 165, 166, 167), motsvarande de franska »conclusions motivées», och de skrif-

---

[1]) Jmfr C. G. artt. 62, 63, 74—79, samt motiven s. 24--35.

[2]) Art. 100, Motiv. s. 12 ff.

ter, som skola tjena att förbereda den muntliga förhandlingen, »Klage- och Tilsvarsskrift» (§§ 159, 162, 163). De skrifter, som enskildt vexlas mellan parterne innehålla endast hvad parterna påstå och de allmänna grunder, hvarpå de stödja sina yrkanden; »Sagsfremstillingerne» åter (§ 166) skola angifva alla de yrkanden parterna ämna framställa i rättegången, såväl i sjelfva saken som rörande formen, så fullständigt, att man tydligt kan se, hvad de genom domen önska få faststäldt, samt en kort framställning af de facta, på hvilka de stödja dessa yrkanden.

Flere skrifter kunna erfordras.

Det ligger i sakens natur att icke alltid en skrift å hvardera sidan är tillräcklig för att göra parternas ställning fullt klar. Det *österrikiska* förslaget (§ 286) anordnar derför i nära öfverensstämmelse med lagen för Genève, ett särskildt förberedande möte, der yrkandena uppläsas, processhindrande invändningar framställas och bestämmelse träffas, om skriftvexlingen skall fortsättas, samt när, med fäst afseende härpå, sakens förhandling skall ega rum. Dom kan vid detta tillfälle icke gifvas, så vida icke förlikning mellankommer, anspråket medgifves, käromålet återtages eller en af parterna uteblifver; i annat fall tjenar sammanträdet blott till att förbereda den kommande hufvudförhandlingen, hvilken visserligen, då ytterligare förberedelse ej är nödig, *kan* för sig gå samma dag, om Rättens tid det medgifver.[1]) Nära härtill ansluter sig det *danska* förslaget (§ 163 ff.). Den *tyska* lagen deremot känner intet sådant förberedande sammanträde; hela skriftvexlingen i saken *bör* försiggå, innan saken första gången kommer före.[2])

Huru vinnes koncentration genom skriftvexlingen?

Huru skall man nu genom denna förberedande skriftvexling kunna förekomma, att uppskof i förhandlingen blifva nödiga? Endast derigenom att skriftvexlingen gifver parterna tillräcklig

[1]) Enligt 1881 års förslag kan den omedelbart ansluta sig till den förberedande förhandlingen.

[2]) C. P. O. § 245: »Insoweit die Klageschrift und die Klagebeantwortung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nicht genügen, hat jede Partei dem Gegner solche thatsächliche Behauptungen, Beweismittel und Anträge, auf welche derselbe voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, vor der mündlichen Verhandlung mittels ferneren vorbereitenden Schriftsatzes so zeitig mitzutheilen, dass der Gegner die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag». Jmfr § 123.

ledning för att bestämma den ställning, de i rättegången böra intaga; processen skall genom skrifterna vara behörigen instruerad och parterna skola begagna sig af den ledning, de sålunda erhållit. Lagstiftaren bör tillse, att icke i den muntliga förhandlingen framdrages något, på hvilket motparten icke genom skriftvexlingen varit beredd och hvilket han icke genast kan vara färdig att bemöta; han bör tvinga parterna att icke hålla tillbaka det, de hafva att andraga. Men huru skall detta ske?

Bör åt skriftvexlingen gifvas preklusiv betydelse?

Det enklaste sättet att åstadkomma en sådan verkan vore utan tvifvel det, att icke tillåta parterna andraga något, som icke redan funnes angifvet i skrifterna — att sålunda låta dessa hafva en preklusiv betydelse för den muntliga förhandlingen. En sådan föreskrift skulle dock i sjelfva verket omintetgöra fördelarne af muntligheten. Förhandlingens tyngdpunkt skulle förläggas till den skriftliga framställningen; det blefve denna, som vore bestämmande för sakens afgörande, ej den muntliga förhandlingen. Denna skulle förlora allt lif och all friskhet, då den blott skulle tjena att reproducera skrifterna, och ändamålet att vinna ett materielt riktigt afgörande skulle förfelas, då upplysningar, som inverkade på saken, icke *kunde* beaktas, derför att de ej på förhand skriftligen meddelats. Skriftvexlingen behöfver icke vara, och är icke heller ovilkorlig, ehuru den förutsättes som regel; skriftligen affattade yrkanden (Anträge, conclusions, Sagsfremstillinger) *måste* parten visserligen framlägga, om han icke vill anses uteblifven; men de *blott* förberedande skrifterna kan han lemna åsido, utan att derför vara hindrad att muntligen andraga, hvad *der* hade bort anföras.[1]) Eventualmaximen bör icke tillämpas, såsom stridande mot muntlighetens uppgift att åstadkomma ett materielt riktigt afgörande. Så länge den muntliga förhandlingen icke är genom dom afslutad, kan käranden utveckla och utsträcka sitt käromål[2]), och svaranden kan anföra nya skäl och nya invändningar, oberoende deraf huruvida dessa påståenden förut i skrift med-

[1]) C. P. O. § 120.
[2]) Jfr ofvan s. 47.

delats motparten eller icke.[1]) Andra medel måste gifvas att förmå parterna att verkligen på detta sätt förbereda förhandlingen.

Det *danska* förslaget bildar likväl härifrån i viss mån ett undantag, i det att det gör »Sagsfremstillingerne» bindande för den muntliga förhandlingen, så att under denna icke *mot motpartens protest* ändring af påståenden får ega rum eller »nye Paastande, nye Benægtelser, Indsigelser eller Søgsmaalsgrunde» må framställas. Dock kan Rätten, äfven utan motpartens medgifvande, tillåta vissa ändringar, om de framställas, innan den muntliga förhandlingen afslutats, och Rätten finner deras försenade anförande »undskyldeligt.»[2]) De förberedande skrifterna hafva deremot icke denna betydelse; innehåller »Sagsfremstillingen» något, som icke finnes i de förberedande skrifterna, erhåller motparten uppskof för att derefter ändra sin »Sagsfremstilling», och den genom uppskofvet orsakade kostnad träffar den part, som vållat det (§ 167). Härigenom söker man förmå parten att äfven i den förberedande skriftvexlingen iakttaga erforderlig fullständighet.

Medel att förmå parterna till en uttömmande skriftvexling.

Den *tyska* rätten, hvilken, såsom vi sett, icke i fråga om »die Schriftsätze» tillämpar preklusiva grundsatser, måste söka ett annat medel att vinna koncentration. Skall icke friheten att under hela den muntliga förhandlingen anföra nya angrepps- och försvarsmedel alldeles omintetgöra skriftvexlingens betydelse af förberedelse, måste ett försenadt anförande af processmaterial för parten medföra en menlig påföljd. Och detta är äfven fallet i mer än ett hänseende. Först och främst har, såsom vi sett, Rätten i sin hand att afskilja vissa delar af saken och derom döma genom »Zwischen-»

[1]) »Angriffs- und Vertheidigungsmittel (Einreden, Widerklage, Repliken u. s. w.) können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden» (C. P. O. § 251: 1). »Bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, kann der Kläger durch Erweiterung des Klagantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, dass ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältniss, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theile abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde» (C. P. O. § 253). Jfr Ö. F. §§ 210, 283. C. Pr. Art. 337, 338.

[2]) § 168, jemförd med § 270. Motiv s. 82.

eller »Theilurtheil»; härigenom afskäres möjlighet att sedermera anföra sådana processuella hjelpmedel, som angå dessa punkter. Vidare kan Domstolen, såsom vi i annat sammanhang [1]) påpekat, ålägga den part, som föranleder uppskof eller genom försenadt andragande orsakar uppehåll med målets afgörande, kostnaden för sammanträdet eller rättegångskostnaden i dess helhet eller till en del, eller en särskild »Gebühr». Slutligen gifver § 252 ett särskildt skyddsmedel mot *svarandens* försök att utdraga målet, i det att käranden kan yrka, att ett försenadt anförande af försvarsmedel må under vissa förutsättningar lemnas obeaktadt. [2]) Genom dessa medelbara tvångsmedel har man sörjt för, att skriftvexlingen göres så fullständig som möjligt, och att part icke onödigtvis föranleder uppskof i rättegången, utan att man derför behöft tillgripa utvägen att gifva skrifterna en betydelse, som med det muntliga rättegångssättet icke är väl förenlig. Det *österrikiska* förslaget gifver ungefär samma utvägar att förmå parterna till en uttömmande skriftvexling. [2]) I det *franska* förfarandet ligger korrektivet mot missbruk af friheten i den »souverainetė», som tillkommer den franska Domaren och som gifver honom rätt att lemna obeaktade sådana angrepps- och försvarsmedel, som synas anlagda på att utdraga rättegången eller hvilkas anförande utan skäl uppskjutits.

Bevisförfarandets anslutning till den muntliga förhandlingen.

Genom dessa olika medel har man nu sökt vinna koncentration af parternas muntliga *förhandling* om saken, af allt det material, som angifver deras ställning till de i rättegången framstälda yrkanden och faktiska påståenden. Man har skytt att för detta ändamål pålägga parternas frihet allt för trånga gränser, man har blott velat så mycket som möjligt förekomma uppskof. Att helt och hållet göra dem öfverflödiga är icke möjligt; idealet för ett muntligt förfarande — hela sakens framställande å en enda rättegångsdag — kan endast undantagsvis uppnås. Åfven om parterna skulle vara beredda att på en gång anföra allt, hvad de

[1]) Jfr ofvan s. 49.
[2]) Jfr ofvan s. 51.
[3]) Ö. F. § 211.

ha att säga, erfordras oftast äfven *bevis* för de i saken åberopade facta, och för dessas företeende måste i allmänhet ett afbrott i förhandlingen ega rum. Naturligtvis kan det icke förmenas parterna att genast göra bruk af de bevismedel, som stå till deras förfogande; men att söka direkt eller indirekt tvinga dem dertill kan icke gerna komma ifråga. Nödvändigheten af bevis framträder först, sedan saken muntligen förhandlats; och det vore derför en lönlös möda, om parterne skulle redan på förhand nödgas vidtaga de åtgärder, som för detta ändamål kunde erfordras, men som sedermera kanske funnes onödiga. Endast i fråga om *ett* bevismedel är ett sådant sätt att gå tillväga icke förenadt med olägenhet: när skriftliga bevis åberopas, vållar det ingen nämnvärd kostnad eller tidsutdrägt att förete dem, äfven om bevis icke skulle vara behöfligt. I fråga om detta bevismedel kan derför med fullt skäl föreskrifvas, att det bör *anticiperas* d. v. s. framläggas i sammanhang med de påståenden, hvilka derigenom skola styrkas; och en sådan föreskrift innehålla också alla främmande processlagar. [1]) Men der bevis skall åstadkommas genom vittnen eller partens personliga hörande, genom sakkunnige män eller syn, der kan icke, annat än undantagsvis, beviset upptagas i omedelbart samband med den muntliga förhandlingen; man måste anordna ett särskildt bevisförfarande och man måste nu sörja för, att vid detta tillfälle *allt* bevismaterial på en gång framlägges. Om det är önskligt att koncentrera parternas anföranden, är sådant ännu mera nödigt i fråga om beviset; en förnyad plädering vållar tidsförlust endast för parterna och Domstolen, men ett uppskof med förhandlingen, sedan bevisförfarandet börjat, påkallar ett förebringande ånyo äfven af de förut använda bevismedlen. Domaren måste hafva allt, som på saken inverkar, i full klarhet för sitt medvetande när han dömer; att *uppteckna* bevisförfarandets resultat i ett protokoll och sedermera använda detta är med muntligheten icke öfverensstämmande. Hinder för bevisets upptagande på en gång kan nu

[1]) C. Pr. Art. 65, 188. C. P. O. §§ 122, 125. Ö. F. §§ 271, 289. D. F. § 159.

vållas antingen deraf, att ett åberopadt bevis icke företes å derför bestämd tid — t. ex. att ett inkalladt vittne har uteblifvit — eller deraf, att parten, efter det bevisning egt rum, åberopar nya bevis. Åtgärder för vinnande af koncentration måste derför vara riktade icke blott mot parterna, utan också mot de personer, hvilka tagas i anspråk för bevisföringen, särskildt vittnen. I fråga om dessa senare kunna dessa åtgärder icke bestå i något annat än att söka genom verksamma tvångsmedel förmå dem att iakttaga inställelse å utsatt tid. Den utländska lagstiftningen går i detta hänseende till väga med stor stränghet; vittne som uteblir får ersätta den deraf vållade kostnad och erlägga betydliga böter; [1]) å andra sidan kan det tillåtas vittne, som bor aflägse från Domstolen, att vid annan Rätt aflägga sitt vittnesmål, hvilket då protokolleras och insändes till den Domstol, som skall döma i hufvudsaken. — Svårare är det deremot att förmå parterna att på en gång framlägga sin bevisning; att vinna enhet i bevisförfarandet är ett af det muntliga rättegångssättets största problem.

Det franska systemet.

Den *franska* rätten intager i detta hänseende en egendomlig ställning; den innehåller inga särskilda föreskrifter, som afse bevisets koncentrering: när som helst under rättegångens lopp kunna nya bevis erbjudas och föras. Denna frihet, som synes böra omöjliggöra all koncentrering, finner sin förklaring i åtskilliga för den franska rättegången egendomliga förhållanden, hvilka vi redan i det föregående framhållit. Vi erinra om dokumentsbevisets betydelse och om den frihet, hvarmed den franska Domstolen dömer på grund af »omständigheterna» i målet; härigenom göres ett särskildt bevisförfarande i de flesta fall öfver-

---

[1]) C. P. O. § 345: »Ein ordnungsmässig geladener Zeuge, welcher nicht erscheint, ist, ohne dass es eines Antrages bedarf, in die durch das Ausbleiben verursachte Kosten sowie zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark und für den Fall, dass diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen zu verurtheilen.

Im Falle wiederholten Ausbleibens kann die Strafe noch einmal erkannt, auch die zwangsweise Vorführung des Zeugen angeordnet werden.

Jfr Ö. F. § 376, D. F. §§ 219, 221, C. Pr. artt. 263, 264, C. G. art. 182, 183.

flödigt. Men äfven der ett sådant erfordras, bildar detta, enligt franskt sätt, icke en del af hufvudförhandlingen: beviset föres, såsom vi sett, i allmänhet icke inför den dömande myndigheten utan inför en delegerad Domare; resultatet upptages i ett protokoll (procès verbal), och *detta* användes sedan vid förnyad förhandling i hufvudsaken såsom ett bevisdatum. Härigenom vinner sjelfva förfarandet i enkelhet. För hvarje gång, saken ånyo kommer inför Rätten, måste visserligen förhandlingen förnyas, så vidt detta är nödigt för att uppfriska Domstolens hågkomst, men man har i stället *allt*, som inverkar på saken, då på en gång samladt. Hvarje förhandling bildar ett helt för sig, utan direkt samband med en föregående eller efterföljande. Och äfven i fråga om förebringande af nya bevis är naturligtvis Domstolens »souveraineté» ett skyddsvärn mot alla försök att afsigtligt eller onödigt utdraga rättegången. Den franska processen köper sålunda möjligheten af en lätt förening af förhandlingen och beviset genom att i fråga om detta uppoffra muntligheten. Men i följd af den inskränkta användningen af vittnesbeviset, [1]) hvilken betingas såväl af lagens stadgande som af de dryga kostnader, hvilka med ett vanligt vittnesbevis äro förenade, [2]) har detta brott mot muntligheten icke så stor bebetydelse, som det skulle innebära i en rättegångsordning, som erkände vittnesbeviset i hela dess vidd. — Detta sätt att upptaga bevis tillämpas för öfrigt icke i handelssaker och öfver hufvud icke i »les affaires sommaires»; här upptages vittnesbevis inför sittande Rätt, »à l'audience» (C. Pr. art. 407). Denna föreskrift har lagen för *Genève* gjort till allmän regel (art. 156) och detta föredöme har följts af det franska *revisionsförslaget* (art. 218). Att en sådan anordning för ett så litet rättsskipningsområde som Genève låter sig genomföra, kan icke nekas; att deremot för ett

[1]) Under år 1878 afkunnades vid samtliga franska »Tribunaux de première instance» 5,267 beslut om anställande af vittnesförhör, under det att samtliga der afgjorda mål uppgingo till 132,924.

[2]) Dessa uppgå i vanliga fall till 400 francs; föras äfven å motsidan vittnen, ökas kostnaden med 300 francs.

större område svårigheter med dess tillämpning äro förenade, ligger emellertid för öppen dag. För en rättegångsordning, som icke vill antaga det franska bevissystemet, låter det sig i hvarje fall icke göra att utan särskilda åtgärder för koncentration upptaga beviset inför den dömande Rätten; man måste söka till väga bringa *enhet* i bevisförfarandet eller ock genom skrift bevara bevismaterialet för framtiden.

Eventualmaximen såsom koncentrationsmedel.

Här har man nu försökt att använda eventualmaximen såsom koncentrationsmedel, så att man låtit hufvudförfarandet sönderfalla i två stora, från hvarandra skarpt skilda afdelningar, en för sakens muntliga framställning, en för beviset; hvad som hör till den ena afdelningen, är uteslutet från den andra. Detta var den *hannoveranska* processens ståndpunkt. Sedan parterna utvecklat sakens rättsliga och faktiska sida, bestämdc Rätten genom en för densamma bindande dom, hvad som skulle bevisas och af hvem. Härmed gafs en fast utgångspunkt för bevisförfarandet, ty inga nya påståenden kunde derefter framställas; det återstod endast att se, huruvida beviset lyckades eller icke. Efter bevisdomen skulle bevisen erbjudas och tid utsättas för deras förande; hvad som då icke förebragtes, var för instansen prekluderadt.

På samma grund hvila det *danska* förslagets bestämmelser i detta ämne (§§ 179—188). Sedan förhandlingen om parternas påståenden är slutad, afkunnar Rätten, om den finner bevis saknas för omständigheter, som inverka på saken, en »Beviskjendelse,» hvilken angifver dessa omständigheter, dock utan att yttra sig om bevisskyldigheten. Detta beslut är så till vida bindande för Rätten, att ingen annan punkt, än som i beslutet angifvits, kan blifva föremål för bevis; deremot äro icke de förutsättningar, på hvilka beslutet hvilar, under något förhållande bindande (§ 179). I ett nytt möte[1]) har hvar af parterna att, efter föregående skriftligt meddelande till motparten, angifva de bevismedel han ämnar använda, och hvad han med dem tänker bevisa. Nu besluter Rätten om sättet för bevisförin-

[1]) Dock är det tillåtet att, om hinder icke möta, låta bevisförfarandet genast följa på pläderingen (§ 183).

gen, och derefter äro parterna i regeln afskurne från begagnande af sådana bevismedel, som ej förut åberopats såvida ej »særegne omstændigheder» föranleda undantag (§ 182). Omedelbart till bevisföringen ansluter sig slutförhandlingen och domen, och sedan bevisförfarandet *börjat* kan icke uppskof medgifvas, äfven om anvisning på nya bevis just då vinnes; saken måste nu hafva sin gång. Blott om vittnen neka att besvara frågor, måste naturligtvis förhandlingen anstå (§ 187). Endast genom det tillfälle till en helt ny förhandling af saken, förslaget medgifver under vissa förutsättningar — »naar det ikke kan lægges Parten til Last som en Forsømmelse, at Bevis ikke blev ført under Sagen» — kan hjelp mot preklusionen vinnas.

Fördelarne af detta system äro onekliga. Det sönderdelar förfarandet i tvenne afdelningar, inom hvilka båda materialet koncentreras och öfversigten bevaras. Men det medför dock den olägenhet, att Domstolen redan före beviset skall fastställa sitt omdöme om saken på ett sätt, som sedemera är oryggligt och som kan tvinga Rätten att afsäga en slutlig dom, om hvars ohållbarhet den sjelf är öfvertygad. Väl minskas i väsentlig mån denna olägenhet derigenom, att Domstolen, såsom efter det danska förslaget, icke uttalar sig om bevisskyldigheten och sålunda åt sig bevarar en större grad af frihet; men det kan likväl — såvida ej Domstolen skall af ren försigtighet fordra alldeles onödiga bevis — inträffa, att Domstolen anser ett factum vara utan inflytande på saken och derför icke behöfva bevisas, hvilket sedermera visar sig vara relevant. Och för öfrigt innebär den frihet, Domaren sålunda bereder sig, en fara för parterna, hvilka på grund af en oriktig uppfattning af bevisskyldigheten lätteligen underlåta att erbjuda bevis och derigenom gå förlustiga sin rätt. Slutligen är en ovilkorlig preklusion farlig och särskildt i fråga om beviset olämplig; ett bevis kan utfalla annorlunda än parten beräknat och i följd deraf annat bevis tarfvas, nya vittnen kunna anvisas genom förhöret med de första. En uttömmande kännedom om bevismaterialet *kan* parten icke förskaffa sig, och det är derför obilligt att fordra, att han skall vara redo att på en gång framlägga det.

Svårligen torde den angifna utvägen att söka ny förhandling af saken kunna anses för ett tillräckligt eller lämpligt hjelpmedel mot preklusionsstadgandet.

Det tyska systemet af »Beweisverbindung». Det onaturliga i en bindande bevisdom har förmått den *tyske* lagstiftaren att inslå en annan väg. Här är antaget systemet af så kallad »*Beweisverbindung*» d. v. s. parterna skola *i samband med* sina påståenden uppgifva de bevismedel, de ämna begagna för att styrka dem, och detta icke blott till arten utan individuelt, t. ex. genom namngifna vittnen (§ 255). I hufvudförhandlingen yttra sig parterna äfven om de föreslagna bevisen, och Domstolen gifver, genom ett icke bindande bevisbeslut, *tillåtelse* till den bevisföring, som af parterna erbjudits, såvida icke beviset kan genast föras, i hvilket fall något bevisbeslut icke erfordras (§ 333). Af egen drift bestämmer Domstolen sjelf eller den Domare som skall upptaga beviset, tiden för bevisförandet och inkallar vittnen och sakkunnige; upptages beviset inför Domstolen i hufvudsaken följer omedelbart på bevisförandet den muntliga förhandlingens fortsättning, men i annat fall afslutas denna vid ett nytt sammanträde. Här är sålunda intet försök gjordt att strängt skilja mellan förhandling och bevisförfarande; detta senare är, så att säga, en episod i hufvudförhandlingen och kan förnyas så ofta deraf göres behof; nya bevis *kunna* erbjudas lika väl, som nya facta åberopas, så länge förhandlingen i saken icke är afslutad. För största möjliga koncentration af bevisen sörjer man på samma sätt som i fråga om förhandlingsmaterialet. Den part hvilken icke, såsom han bort, angifvit sina bevismedel i den förberedande skriften och derigenom föranleder uppskof, får ersätta kostnaden eller betala »Gebühr». Och dröjer han med att åberopa dem, tills bevisbeslutet är afkunnadt, kan motparten fordra, att de af Rätten tillbakavisas, om de angå de punkter, som derigenom ställts under bevisning (§§ 339, 367, 398. Jmfr. också § 332). Ungefär samma ståndpunkt intager det *österrikiska* förslaget. Äfven detta fordrar, att bevisen skola i samband med påståendena angifvas i de förberedande skrifterna (§ 129); finner Rätten bevis behöfligt meddelar den en »*Beweisverfügung*», som bestämmer, hvilka bevis få föras, samt när och hvar bevisförfarandet skalle ega rum (§ 318). Detta beslut, hvilket icke är för Rätten bindande, har icke

preklusiv verkan; för nödig koncentration sörjer man på samma sätt som i den tyska rätten (§ 211; jfr §§ 317, 384).

Icke heller det tyska systemet kan anses vara fullt tillfredsställande. Visserligen kan nödvändigheten att i samband med ett faktiskt påstående också angifva de bevismedel, genom hvilka det skall styrkas, hafva det goda med sig, att parterna tvingas att betänka sig, innan de i rättegången framkomma med sina faktiska påståenden. Likaså vinnes genom förbindandet af bevisen med påståendena den fördel, att ett särskildt sammanträde för att förbereda bevisförfarandet göres öfverflödigt. Men skyldigheten att förbinda erbjudande af bevis med den faktiska framställningen ökar onödigtvis det material, som kommer under behandling, då parterna ofta för säkerhets skull erbjuda bevis, utan att sådana är nödigt. Borttagandet af bevisdomens bindande kraft beröfvar den efterföljande förhandlingen dess stadga och gör den föregående i viss mån värdelös. Slutligen medför den obegränsade möjligheten att äfven efter bevisdomen framkomma med bevis angående *andra* punkter, än dem bevisdomen upptagit, den olägenheten, att bevismaterialet angående målet i dess helhet ej samladt förebringas. För den tyska processen äro dock dessa olägenheter icke af hela den vigt, man i förstone skulle vilja tillmäta dem. I fråga om bevismaterialets onödiga hopande anmärka vi den rol, som den bjudna eden i den tyska processen spelar; det erbjudna beviset för ett påstående består ofta nog endast i ett erbjudande af ed. Och hvad beträffar olägenheten af det muntliga förfarandets söndersplittrande i flere i verkligheten sammanhörande delar, afhjelpes denna derigenom, att skrift i visst fall tages till hjelp för att bevara intrycket af den föregående förhandlingen; öfver vittnesmål och syn uppsättes nemligen, äfven då beviset upptages af Rätten sjelf, protokoll,[1]) och härige-

[1]) C. P. O. § 146: 3, 4. Denna protokollation har egentligen till uppgift att bevara bevismaterialet för en ny pröfning i högre instans; i följd hvaraf § 147 föreskrifver, att protokollation kan underlåtas, om saken ej kan appelleras. Men då appell, såsom vi skola se, är ett allmänt rättsmedel i tyska processen, är också denna inskränkning utan betydelse för första instansen, — Öfriga muntliga processystem, hvilka endast undantagsvis medgifva

nom undgår man nödvändigheten att vid ny förhandling fordra bevisets förnyande. Med hänsyn till vittnesbeviset synes sjelfva protokollationen i och för sig vara en bestämd fördel. Derigenom att vittnets yttrande noga fastställes och *för vittnet uppläses* inpreglas hos vittnet skyldigheten att noga väga sina ord och att svara för hvad vittnet sagt, och man undgår derigenom faran af missförstånd, som annars så lätt inträffa. Men från muntlighetens synpunkt måste denna protokollation anses betänklig. Först och främst kan anmärkas, att man genom utvägen att anlita ett protokoll i stället för ett upprepadt bevisförfarande i sjelfva verket bryter med muntlighetens fordran, att det omedelbara intrycket skall ligga till grund för domen[1]). Men der ombyte af Domare icke eger rum, kan man icke tillmäta denna anmärkning synnerlig vigt, och i alla händelser står det ju Domaren fritt att, om han aktar sådant nödigt, fordra nytt vittnesförhör (C. P. O. § 363: 1). Mera beaktande förtjenar en annan olägenhet, som är förenad med en sådan fullständig protokollation; derigenom vållas ett afbrott i förhandlingen, hvilket är hinderligt för en helgjuten uppfattning af densamma, och dertill kräfves en uppoffring af tid, som särskildt för en kollegial Domstol är känbar. Att låta en sådan Domstol under en längre tid upptagas af att åhöra en diktamen till protokollet, är otvifvelaktigt olämpligt, och denna olägenhet *kan* föranleda Domstolen att såsom regel, icke såsom undantag, hänvisa alla vittnesförhör till en särskild Domare, en åtgärd, hvarigenom omedelbarhetsgrundsatsens tillämpning på bevisförandet uteslutes. Öfver hufvud torde det kunna sägas, att med bibehållande af vittnesbeviset i dess fulla utsträckning en fullt muntlig

fullständig appell, anordna också endast såsom undantag fullständig protokollation. Så C. Pr. art. 40, 410 (jmfr Revisionsförslaget art. 233), C. G. art. 157. Ö. F. § 231: 3 föreskrifver uppteckning af »*die Ergebnisse* der vor dem erkennenden Gerichte durchgeführten Beweisaufnahmen.» Enligt D. F. § 84 (jmfr § 346: 4) protokolleras i appellabla saker vittnens och synemäns utsagor, »ikke ordret men efter deres væsentlige Indhold»; i andra saker föres blott en enskild anteckning härom af Protokollsföraren »til Brug for Retten».

[1]) D. F. § 187: 2 föreskrifver ovilkorligt: »Finder Udsættelse Sted efterat Bevisførelsen er paabegyndt, skal den hele Bevisførelse paany foregaa og altsaa den allerede stedfundne gjentages.»

rättegång med bevisföring inför Rätten sjelf icke låter sig genomföra, utan att olägenheter i ett eller annat afseende dermed äro förenade. *Österrikiska* Förslaget, enligt hvilket vid bevisförfarande inför Domaren i hufvudsaken något fullständigt protokoll icke föres, har sökt hjelp mot de olägenheter, som ett sönderstyckande af bevisförfarandet medför, genom att tillåta parterna att begagna edsvurne stenografer för upptecknande af hvad som förekommit (§ 322)[1]). Denna uppteckning, öfverflyttad till vanlig skrift, kan derefter biläggas protokollet, och sålunda *kan* ett upprepande af bevisförhandlingen vid ett nytt upptagande af bevis göras öfverflödigt.

De förberedande skrifternas betydelse.

Härmed hafva vi angifvit de medel, hvarigenom man sökt bereda koncentration af förfarandet, och dermed torde också betydelsen af den *förberedande* skriftvexlingen framträda fullt klar. Den har icke betydelse för Domaren utan för parterna; hvad den innehåller får icke tagas i betraktande såsom *grund* för domen, ehuru den naturligtvis under förhandlingen kan åberopas såsom *bevis* för erkännanden och dylikt, på samma sätt som andra skrifter af parten kunna innefatta sådana bevisdata. Intet, som ej är muntligen anfördt, beaktas af Domaren, och parterna *få icke* under den muntliga förhandlingen inskränka sig till uppläsande af skriftliga anföranden[2]), emedan härigenom den muntliga förhandlingen skulle förlora sin betydelse. Men skrifterna äro icke heller för parternas muntliga framställning bindande; de kunna tillägga eller ändra hvad de önska; innehållet i skrifterna är för den muntliga behandlingen *endast* ett bevisdatum. Väsentliga afvikelser från skrifterna kunna anmärkas till protokollet, men Domstolen gör det icke af egen drift, och det tillhör parterna att besörja anmärkningens skriftliga affattande i en *bilaga* till protokollet[3]). Förfarandet varder sålunda icke, såsom det s. k. muntliga förfarandet inför högsta Domstolen i Danmark och Norge[4]), en skriftvexling med muntlig

[1]) Så ock N. U. § 60.
[2]) C. P. O. § 128: 3. Ö. F. § 207: 2. 3. D. F. § 91.
[3]) C. P. O. § 270. Ö. F. § 299: 2, 3.
[4]) Processmaterialet *måste* nemligen här vara på förhand skriftligen affattadt och meddeladt; vid sjelfva förhandlingen uppläsas de delar af hand-

slutförhandling; ett sådant förfarande har visserligen ett bestämdt företräde framför ett af en Rättens ledamot gifvet referat, men det motsvarar ingalunda de anspråk, som måste uppställas på ett muntligt förfarande, och bereder icke de med ett sådant åsyftade fördelar. Skall det dermed afsedda ändamålet vinnas, måste den muntliga förhandlingen, men ingenting annat, vara grundval för domen. I Frankrike har Domstolen icke ens kännedom om de förberedande skrifterna; den känner, när förhandlingen börjar endast »les conclusions motivées». I Tyskland likasom efter det österrikiska förslaget skola parterna visserligen på förhand till Domstolen aflemna afskrift af de skrifter, de sig emellan vexla; men detta stadgande afser endast att sätta Domstolens ordförande i tillfälle att utöfva den processledning, hvilken för muntligheten är så nödvändig. Utan tvifvel kan denna bestämmelse föranleda, att skriftvexlingen erhåller en från muntlighetens synpunkt obehörig vigt, om det blifver sed — lagen säger derom intet — att på förhand öfverlemna handlingarne till den ledamot af Rätten, hvilken sedermera skall uppsätta dom i målet. Denne kommer härigenom att i sjelfva verket erhålla ställningen af en referent, som går till den muntliga förhandlingen med en förut fattad åsigt, hvilken lätt nog kan blifva bestämmande för hans framställning af saken vid den slutliga öfverläggningen; den muntliga förhandlingens betydelse blifver derigenom förringad. I Frankrike kan visserligen en referent utses, men först efter slutad »plaidoirie», och hans »rapport» afgifves offentligt [1]); dock är äfven der ett enskildt, på handlingarne grundadt, referat icke okändt, fastän det saknar stöd af lag [2]).

Muntlighetens tillämpning i förfarandet vid enmansdomstolarne. Härmed hafva vi angifvit den förberedande skriftvexlingens betydelse i den muntliga rättegången vid de kollegiala Domstolarne. Äfven vid enmansdomstolarne *kan* naturligtvis på samma sätt den nödiga förberedelsen vinnas. Men skall skriftvexlingen

lingarne, parterna önska få föredragna — s. k. *dokumentering* — eller föreläggges en af parternas advokater uppsatt tryckt pro memoria.

[1]) C. Pr. artt. 93, 94, 111.

[2]) Jfr Revisionsförslaget, motiven s. 20.

fylla sitt ändamål, är det klart, att skrifterna måste med mycken omsigt och sakkunskap uppsättas, och härtill är biträde af rättskunnige advokater i allmänhet nödigt. Då nu vid enmansdomstolarne anlitande af advokater icke kan fordras, måste man vara betänkt på annan utväg att förekomma olägenheterna af förfarandets splittring; visserligen medför den i allmänhet mindre inveckIade beskaffenheten af här förekommande mål, att processmaterialet har ett mindre omfång och att dom ofta nog kan genast fällas, men icke desto mindre äro koncentrationsmedel nödiga.

För att här vinna nödig koncentration af förhandlingen skall först och främst Domaren göra ett kraftigt bruk af den vidsträcktare rätt till processledning, hvilken, såsom vi sett, här tillkommer honom[1]). Särskildt föreskrifver det Österrikiska förslaget (§ 458), att Domaren i den resolution å stämningen, som bestämmer tid för målets handläggning, bör anmana parterna att medtaga icke blott de skriftliga handlingar, de vilja begagna, utan också de personer på hvilkas utsagor de vilja beropa sig[2]). Men Domarens processledning är icke ensam tillräcklig att bereda koncentration; för att ersätta skriftvexlingen måste protokollet användas, Domaren får skrifva för parternas räkning, i stället för advokaten. Men härvid gäller det att hålla den rätta medelvägen — att icke genom ett allt för betungande skrifbestyr göra intrång på de egentliga Domarefunktionernas utöfning och att icke genom en omfattande protokollation ödelägga den muntliga förhandlingens lifaktighet och friskhet.

I förfarandet vid enmansdomstolarne uppgifves först och främst fordran på skriftligt affattade yrkanden (conclusions, Anträge); dessa kunna muntligen framställas inför Rätta. Stämningen kan dikteras till protokollet, och äfven till förberedande af den muntliga förhandlingen kan part när som helst begära att i protokollet få upptaget, hvad han yrkar eller påstår för att genom utdrag af protokollet meddelas motparten[3]). Utom den protokollation, hvil-

[1]) Jfr ofvan s. 40.

[2]) Jfr D. F. § 343: 4.

[3]) C. P. O. §§ 457, 463. Ö. F. §§ 455, 460, 466. D. F. §§ 343: 2, 346: 3

ken i allmänhet bör ega rum[1]) och för hvilken här anteckning i protokollet är den vanliga formen[2]), synes en uppteckning äfven af de förklaringar, som afgifvas, här vara af parternas intresse påkalladt, då dessa icke finnas upptagna i en förberedande skriftvexling. En sådan fullständig protokollation medgifves emellertid icke. Först när förhandligen är afslutad eller så långt framskridit, att bevisbeslut kan afkunnas, låter den *tyska* rätten Domaren pröfva, om och huru vidt en protokollation af parternas yrkanden och anföranden bör ega rum; endast i fråga om faktiska erkännanden och förklaringar öfver edsanbud kan sådant *fordras*[3]). En vidsträcktare protokollation har man ansett icke kunna medgifvas utan att förändra förfarandets natur[4]); parterna erhålla genom sjelfva den muntliga förhandlingen nödig ledning, och Domaren för här, som alltid, enskilda anteckningar, hvilka äro tillräckliga att gifva honom behöfliga anknytningspunkter mellan en föregående och en efterföljande förhandling af saken. Enligt den för *österrikiska* Bagatellförfarandet gällande lagen af den 27 April 1873 § 77 »skola, om förhandlingen uppskjutes, på parts begäran eller af Domaren sjelf, i protokollet antecknas de förklaringar af parterna, hvilka innefatta en inskränkning eller

---

[1]) Jmfr ofvan s. 120.

[2]) Ö. F. § 469. C. P. O. § 469.

[3]) »Anträge und Erklärungen einer Partei sind durch das Sitzungsprotokoll insoweit festzustellen, als das Gericht bei dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil oder ein Beweisbeschluss ergeht, die Feststellung für angemessen erachtet.

Geständnisse sowie die Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide, sind auf Antrag durch das Protokoll festzustellen.» (C. P. O. § 470).

[4]) Jemför den i tyska riksdagskommissionen härom förda debatt (*Materialien* I s. 690 ff). Der föreslogo tvenne framstående ledamöter, att vid Amtsgericht ett fullständigt protokoll skulle föras och att Domaren vid domen skulle vara bunden af dettas innehåll; men detta förslag förkastades, efter ett längre meningsutbyte, utan omröstning. Särskildt framhölls, att ett sådant muntligt-protokollariskt förfarande under senare tid varit infördt i Sachsen och Bayern men der visat sig vara »sämre än en rent skriftlig process» och »medföra sådana olägenheter, att ingen der tänkte på dess upptagande i den nya processlagen».

ändring af käromålet eller ett uttryckligt medgifvande af skulden eller en del deraf, vidare ett af svaranden mot kärandens påstående gjordt bestridande — allt i den kortfattade form, som Domaren bestämmer». Enligt civilprocessförslaget eger Domaren obegränsad frihet att afgöra, hvad af parternas förklaringar bör i protokollet antecknas[1]). Det *danska* förslaget (§ 346: 4) föreskrifver blott i appellabla saker protokollation äfven af parternas förklaringar angående sakens sammanhang, ehuru endast »efter deres væsentlige Indhold».

Vi hafva härmed afslutat framställningen af hvad muntlighet innebär, hvad den fordrar för att kunna med framgång genomföras. Vi skola nu skärskåda de konseqvenser med hänsyn till förfarandet i öfrigt, hvilka man ansett med nödvändighet härledas ur muntlighetsgrundsatsen. Detta medelbara inflytande framträder i fråga om det s. k. kontumacialförfarandet samt i fråga om rättsmedelsystemets anordning.

Muntlighetens inverkan på kontumacialförfarandet.

Vi hafva redan antydt, att om man endast låter den muntliga förhandlingen gälla såsom processmaterial, underlåtenhet att muntligt förhandla måste betraktas såsom utevaro och så behandlas; att part ingifvit en skriftlig inlaga gör intet till saken, då han icke muntligen yttrat sig. Den franska rätten fäster dock vid uppläsandet af »les conclusions motivées» den betydelse, att saken anses vara »en état» och kunna på grund af denna framställning pröfvas; något kontumacialförfarande inträder i sådant fall icke, utan saken afgöres i vanlig ordning. Otvifvelaktigt strider detta mot den rena muntligheten; öfriga muntlighetssystem tillämpa derför här föreskrifterna om utevaro och de påföljder, som denna för med sig[2]). Men det kan dock icke nekas, att man genom det förfaringssätt, den franska rätten använder, undviker ett ändamålslöst användande af kontumacialförfarande, likasom ock att det i och för sig icke är förenadt med större olägenhet. Men det kan i ett land, der man icke af erfarenheten lärt sig skatta

[1]) § 299: 4. Jmfr Motiven s. 148.
[2]) Jmfr ofvan s. 68 ff.

muntlighetens fördelar, lätteligen föranleda det missbruk, att skriftvexlingen varder hufvudsak och att muntlig förhandling underlåtes. Den *tyska* rätten går ännu längre i skenbar konseqvens; icke nog med att den behandlar en part såsom uteblifven, om han endast skriftligen yttrat sig i saken, den tillämpar kontumacialförfarandet äfven, när part, *sedan* han en gång yttrat sig, uteblifver vid ett senare sammanträde[1]). Lagen utgår från den uppfattning, att alla förhandlingarne i saken bilda en enhet, en senare representerar de föregående; och den drager deraf den slutsats, att om part icke förhandlar vid ett senare tillfälle, man icke *kan* tillmäta hans föregående andraganden någon betydelse Käranden får sitt yrkande afslaget, äfven om han redan styrkt dess rättmätighet, svaranden anses »erkänna», äfven om han förut bestridt. En sådan konseqvens är dock ingalunda nödvändig; det är möjligt, att Domaren bevarar intrycket af den föregående förhandlingen i full friskhet, och det är derför obehörigt att tvinga honom att bortse derifrån. I stället för den riktiga regeln, att parterna vid ett uppskof i förhandlingen måste hålla sig beredda att ånyo föredraga, hvad de tidigare anfört, sätter den tyska lagen den ovilkorliga föreskriften, att hvad förut anförts icke får beaktas, äfven om det ingalunda är förgätet. Orimligheten af det tyska systemet faller bjert i ögonen, då det tvingar Domaren att icke fästa afseende vid erkännanden, som blifvit i protokollet antecknade, eller innehållet af »Zwischenurtheile», dem han sjelf förut afkunnat. Att den sålunda dömde har den lätta utvägen att mot domen inlägga »Einspruch» förminskar visserligen hårdheten i ett sådant förfaringssätt, men upphäfver ingalunda dess onaturlighet. Det *österrikiska* förslaget har i detta hänseende intagit en annan ståndpunkt (§ 306). Allt hvad som till protokollet faststälts eller detsamma bilagts, skall af Domstolen vid partens utevaro beaktas; upplyser protokollet endast, att part vid ett föregående rättegångstillfälle ingått i förhandling öfver sina

[1]) C. P. O. § 297. Endast i det fall att ett sammanträde är afsedt *uteslutande* för upptagande af bevis, är parts närvaro icke nödig, emedan dervid Domaren är den egentligen handlande personen. Jmfr §§ 332: 1, 335.

förberedande skrifter, skola dessa tjena Domstolen till ledning; finnes icke sådan anteckning, skall det muntliga föredraget beaktas i det fall att endast kortare uppskof — s. k. »Vertagung»[1]) — förekommit. Endast i det fall att s. k. »Verlegung» egt rum, kan någon hänsyn icke tagas till det, som endast muntligen anförts. Om än denna ståndpunkt icke fullt öfverensstämmer med muntlighetens fordringar, är den otvifvelaktigt praktiskt lämplig; och man bör icke förgäta, att Domaren i sina egna minnesteckningar har ett medel att fullständiga protokollet. — Ungefär samma ställning intager det danska förslaget (§ 291) till denna fråga; vid parts utevaro förlorar icke hvad som förut anförts sin betydelse och verkan.

Rättsmedelsystemet i ett muntligt förfarande.

Vi komma nu till frågan om muntlighetens inflytande på sakens förnyade pröfning. De grundsatser, hvilka äro bestämmande för rättsmedlens anordning, skola vi längre fram i ett sammanhang behandla; vi anmärka här endast, att rättsskipningens säkerhet anses fordra, att den dom, som den första Domstolen gifver, icke skall vara ovilkorligt orubblig, utan att part skall beredas utväg att få dess riktighet i större eller mindre utsträckning å nyo pröfvad. Vi hafva här att göra oss den frågan, på hvad sätt detta, med bevarande af muntlighetsgrundsatsen, må kunna ske.

Det läte då tänka sig, att denna nya pröfning anordnades så, att saken förhandlades ånyo utan all hänsyn till den föregående behandlingen af saken. Ett sådant förfaringssätt skulle emellertid vara både principielt oriktigt och praktiskt olämpligt. De bindande förklaringar, parterna under den föregående förhandlingen afgifvit, böra fortfarande hafva sin verkan och gälla för och emot dem, de upplysningar, som vid den första behandlingen kommit i dagen, böra icke bortkastas utan tjena till ledning äfven vid den förnyade pröfningen. Men för att göra detta möjligt måste hela detta processmaterial bevaras, och detta kan endast ske genom skrift. Hvad det förra slaget af pocessmaterial beträffar — bindande processuella hand-

[1]) Ö. F. § 191. Jmfr ofvan s. 124, n. 1. För upptagande af bevis å derför bestämd tid utgör parternas utevaro intet hinder (§ 321: 2).

lingar — är, såsom vi sett, sörjdt för dess bevarande derigenom, att det skall eller kan fastställas till protokollet eller under form af bilaga åtfölja detta; redan hänsyn till förfarandet i första instansen fordrar detta. Allt det öfriga deremot, som icke har denna bindande verkan — parternas utveckling af saken samt bevisföringen — behöfver icke af hänsyn till första instansen bevaras. Domaren skall ju bestämma sitt omdöme omedelbart på grund af hvad han hört och sett; han *får* icke grunda det på en uppteckning. Domen skall visserligen vara skriftligen affattad för att tjena till efterrättelse för framtiden; men för detta ändamål är det tillräckligt, att den innehåller ett tydligt angifvande af de anspråk, om hvilka det blifvit dömdt, hvarjemte deri bör upptagas en motivering, »domskäl», på det att icke domslutet må framträda såsom ett kategoriskt magtspråk. Detta är allt hvad domen behöfde innehålla, om den icke kunde underkastas ny pröfning; det är först när en sådan kan komma i fråga, som det varder nödigt att deri upptaga ännu något mera.

Skriftlig uppteckning af hvad under den första förhandlingen förekommit. (Thatbestand, qualités.)

Domen innehåller derför, enligt den utländska lagstiftningen, utom sjelfva slutet och domskälen, äfven något som kallas »der Thatbestand», »les qvalités», och som utgör en sammanträngd framställning af allt, som i saken förekommit, hvad parterna anfört och de yttre bevisdata, som blifvit förebragta [1]) — hvaremot sjelfva pröfningen af materialet hör till domskälen. Denna framställning, hvilken sålunda motsvarar protokollet i vår rättegång, skall hafva karakteren af en objektiv berättelse om hvad i rättegången förekommit, men icke endast tjena till stöd för det resultat, till hvilket Domaren i utslaget kommit; den innefattar fullt bevis om den förda förhandlingens yttre data och kan endast genom sjelfva protokollet motbevisas. [2]) Den uppsättes med ledning af den muntliga förhandlingen och kan äfven hänvisa till skriftvexlingens innehåll. [3]) I Frankrike författas

[1]) C. P. O. § 284: »Das Urtheil enthält: — — — 3. eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge (Thatbestand)»; — — — Jfr Ö. F. § 434: 4. D. F. § 267. C. Pr. Art. 141, 142.

[2]) Så C. P. O. § 285. Jfr deremot D. F. § 267: 2. Ö. F. har härom intet stadgande.

[3]) C. P. O. §§ 284. Ö. F. § 435.

den af parternas advokater, ej af Domstolen (C. Pr. Art. 142), en egendomlighet, som sammanhänger med den franska grundsatsen om Domarens frihet från alla andra bestyr än att döma, och som i lagen för Genève och andra på fransk grund hvilande processlagar är uppgifven.[1]) Skall man nu med skäl kunna tillägga denna framställning vitsord att innefatta fullt bevis om förhandlingens förlopp, måste det medgifvas parterna rätt att deremot göra anmärkningar, på samma sätt som vid justering af ett vanligt protokoll. En sådan rätt tillägges dem ock enligt den utländska lagstiftningen;[2]) inom en viss kort tid kan rättelse begäras, och frågan om referatets riktighet pröfvas i sådant fall af Domstolen. Der parterna äro företrädda af advokater, af hvilka man kan vänta en verklig kontroll öfver referatets riktighet, kan parternas rätt anses vara härigenom fullt betryggad. Men der detta icke är fallet, der parterna sjelfva utföra sin talan, kan det icke nekas, att garantierna för referatets riktighet egentligen äro att söka i Domarens samvetsgrannhet, och det kan derför anmärkas, att den magt, som sålunda lägges i *en* mans hand, är otillbörligt vidsträckt. Genom en mer omfattande protokollation af parternas anföranden, sådan det Danska förslaget (§ 346: 4) fordrar, och genom en omedelbar justering deraf, undgår man denna anmärkning, men utsätter sig i stället för de olägenheter, en sådan protokollation medför.

Betydelsen af detta referat för sakens pröfning i Öfverrätten.

Genom detta referat är nu sörjdt för att det arbete, som materialsamlandet i första instansen kostat, icke är förloradt. Men hvilken betydelse skall man tillmäta detsamma för den nya förhandlingen? Vill man bevara muntligheten, går det tydligen icke an att låta Öfverrätten grunda sin pröfning af saken *endast* på detta skriftliga material; sådant vore att gifva Öfverrätten ett sämre material för dess dom, än det Underrätten haft till

[1]) I Revisionsförslaget, art. 133, är det nuvarande systemet bibehållet »emedan härigenom parterna så att säga *öfverenskomma* om innehållet», men det tillåtes dock Rättens Ordförande att vidtaga de ändringar, han sjelf anser nödiga (Motiv s. 28 ff.)

[2]) C. Pr. Art. 144, 145. C. P. O. § 291. Ö. F. § 441. D. F. § 283.

sitt förfogande. Förhandlingen måste äfven här vara *muntlig*, och, om detta icke endast skall vara ett sken, *obunden* af det skriftliga materialet; parterna måste här ega alldeles samma frihet att anföra nya grunder och nya bevis, som de egde i första instansen, att framställa saken så som de akta bäst. Det är denna muntliga framställning, icke akterna, som skall utgöra grundvalen för Öfverrättens domslut. Genom denna frihet beröfvar man ingalunda den skriftliga framställningen all betydelse. Utom att den ju kan innefatta förklaringar eller eftergifter, som äro bindande, innehåller den bevis om parternas föregående sätt att utföra sin talan, hvilket lika väl som andra skriftliga bevis kan inverka på utgången äfven i Öfverrätten.

Svårighet att förnya bevis-pröfningen.

Funnes nu intet annat material för bildande af Domstolens öfvertygelse än parternas framställningar och skriftliga bevis, då funnes från muntlighetens synpunkt intet hinder för att kunna med framgång låta saken ånyo pröfvas huru många gånger som helst; pläderingen kan utan stor svårighet förnyas och de skriftliga bevisen lätt flyttas. För den franska processen, hvilken, såsom vi sett, redan i första instansen på detta sätt begränsar processmaterialet, uppstår derför ingen svårighet af en förnyad pröfning; bevismaterialet föreläggs Öfverrätten i alldeles samma form som det föreläggs Underrätten — den skriftliga. Brottet med muntligheten är redan gjordt i första instansen. Men processmaterialet är icke till sin natur på detta sätt begränsadt; Domstolen hemtar sin öfvertygelse äfven från egen omedelbar iakttagelse och från andras utsagor. Fordrar man nu, att Domaren skall grunda sin öfvertygelse på sitt eget omedelbara intryck, måste man vid en förnyad pröfning af saken också fordra, att han skall blifva satt i tillfälle att sjelf ånyo se och höra; från den rena muntlighetens synpunkt är detta nödvändigt. Naturligtvis är detta icke heller omöjligt; det *kan* vara fallet, att Öfverrätten i detta hänseende icke är i en mindre gynsam ställning än Underrätten, att den utan svårighet kan sjelf företaga syn och att vittnena lätt nog kunna inställa sig inför den-

samma för att höras. För ett helt litet jurisdiktionsområde låter sig sådant utan stor olägenhet genomföras, och vi se derför också en sådan grundsats vara erkänd i lagen för Genève, [1]) der såsom vi sett, vittnesförhöret eger rum inför den Domstol, som dömer; men för ett större land, der Öfverrätterna måste omfatta temligen stora områden, skulle tillämpningen af ett dylikt förfaringssätt medföra allt för stora svårigheter.

Det synes derför här icke återstå annan utväg än att *antingen* uppgifva muntligheten i fråga om beviset *eller* ock inskränka den förnyade pröfningen af saken till endast sådana frågor, för hvilkas pröfning Öfverrätten genom det material, som skriftligen bevarats, besitter lika goda förutsättningar som Underrätten; men deremot lemna resultatet af Underrättens pröfning orubbadt i de delar, der Öfverrätten icke eger till sitt förfogande ett lika godt material som Underrätten. Det tyska processförslaget af 1872 likasom det österrikiska och danska hafva i princip antagit denna konseqvens af muntligheten; den gällande tyska lagen har deremot brutit med densamma i detta stycke.

Inskränkning af den förnyade pröfningen.

Det *österriska* förslaget känner tvenne hufvudsakliga rättsmedel, *Berufung* och *Revision.* »Berufung» gifver möjlighet till en helt och hållet ny förhandling och ny bevisföring, med förnyad pröfning af saken i dess helhet, och är anordnad med hela den frihet muntligheten kräfver. [2]) Men detta rättsmedel står öppet endast mot domar af »Bagatellrätterna» (die Bezirksgerichte). En sådan behandling af dessa mål anses oundgängligen nödig, emedan här friheten från advokattvång, Domstolarnes enklare organisation och förfaringssätt ansetts icke erbjuda så tillfredsställande garantier, att man kunnat i något afseende låta ovilkorligen bero vid den första domen. Och man har ansett sig *kunna* underkasta dessa domar en fullständig pröfning, då den nya förhandlingen eger rum inför de kollegiala Domstolarne i första instans, och sålunda genom densamma icke vållas parten större olägenheter, än en första förhandling inför kollegial-

[1]) C. G. art. 327; jmfr Motiven s. 119.

[2]) Jfr. härom under nästa afdelning.

rätterna alltid medför. Deremot medgifves i fråga om kollegialrätternas domar icke en sådan fullständig pröfning, utan endast en inskränktare, så kallad revision, hvilken är begränsad till de delar af domen, i fråga om hvilkas pröfning Öfverdomaren befinner sig i samma ställning som Underdomaren. Den innefattar[1]) — utom en undersökning af domens och förfarandets formella giltighet — först och främst en förnyad pröfning af rättstillämpningen, af det sätt på hvilket Underdomaren *rättsligen* bedömt de gifna facta. Men denna Öfverrättens pröfning omfattar äfven domens *faktiska* förutsättningar, såvidt, som dessa äfven af Underdomaren bedömts *endast* på grund af ett i skriftlig form tillgängligt material. Likaså kan revision sökas på den grund, att Underdomaren utgått från antaganden, hvilkas oriktighet framgår af handlingarne i målet, d. v. s. att han lemnat obeaktad någon i »der Thatbestand» eller protokollet upptagen omständighet, till hvilken han bort vid sin pröfning taga hänsyn. Revision gifver deremot icke lägenhet till en ny förhandling i saken; den innebär icke någon pröfning af det sätt, på hvilket Underdomaren bedömt bevisningens verkan, der denne helt och hållet eller till en del grundat sitt omdöme på omedelbar iakttagelse. Ungefär samma ståndpunkt intager det *danska* förslaget, med fullständig pröfning i de mindre målen men endast begränsad i fråga om de af kollegialrätterna handlagda [2]). I princip vilja begge förslagen icke medgifva, att parterna ega något berättigadt anspråk på att, sedan dom i saken fallit, få anföra nya facta eller nya bevis. Parterna må skylla sig sjelfva, om de komma för sent; stränghet är fullt befogad, då parterna företrädas af advokater; och restitution medgifves naturligtvis, om det varit dem *omöjligt* att förut framkomma med det försummade. Det österrikiska systemet, som medgifver part full frihet att under hela förfarandet vid första instansen anföra nytt material i rättegången, och som medgifver Domstolen rätt att sjelf åter öppna förhandlingen, om den finner bevis tarfvas för någon omständighet, som förut icke beaktats (§ 222: 2), medgifver derför icke

[1]) Ö. F. §§ 517 ff.
[2]) D. F. §§ 384 ff., 299 ff.

ny förhandling utom i de fall, der restitution efter vanliga regler är påkallad. Det danska förslaget deremot, hvilket, såsom vi sett, använder ett starkt preklusionstvång för att åstadkomma koncentration, har nödgats medgifva ny förhandling, äfven i andra än verkliga restitutionsfall — när det icke »kan läggas part till last som en försummelse», att han icke förut anfört hvad han nu vill andraga (§ 327). Denna nya förhandling, hvilkén sålunda endast under särskilda förutsättningar medgifves, förlägges af förslaget till den Rätt, som dömt i saken, ej till Öfverrätten.

Den *tyske* lagstiftaren har föredragit en inskränkning i muntlighetens tillämpning framför en inskränkning i rätten att få saken ånyo pröfvad. »Berufung» är i tyska lagen ett allmänt rättsmedel, som innebär rätt till ny muntlig förhandling af saken i hela dess vidd vid Öfverrätten — i det hela en *fortsättning* af förfarandet i den första instansen. Härvid står det visserligen parterna öppet ej blott att förebringa ny bevisning, utan ock att ånyo förelägga det bevismaterial som framlagts i första instansen; och muntligheten *kan* sålunda äfven här fullständigt upprätthållas. Men hvad beträffar de båda bevismedlen syn och vittnen, kan en omedelbar reproduktion, af skäl som vi nyss angifvit, icke annat än undantagsvis komma i fråga vid de mer centrala Öfverrätterna; i de flesta fall är Domstolen i fråga om dem hänvisad till det protokoll, hvilket för ändmålet i Underrätten upptagits (C. P. O. § 146). Möjligheten af en ny pröfning betingas faktiskt af ett uppgifvande af muntligheten i fråga om en väsentlig del af förfarandet. Att härigenom fara kan uppstå, att hvad lagen betecknar såsom undantag — att vittnesförhören *icke* ega rum inför den kollegiala Rätten sjelf — varder regel, hafva vi förut framhållit.

Genom ett sådant brytande med muntligheten anser man sig emellertid hafva undgått en större olägenhet — den att icke kunna få saken pröfvad ånyo annat än till en viss del — och dermed i sjelfva verket hafva bättre sörjt för det *slutliga* resultatets riktighet. Muntligheten är icke ändamål, utan medel, och ett medel, som bör utbytas mot ett annat, när detta bättre leder till målet.

Emellertid vill man från den motsatta sidan icke medgifva, att en ny bevispröfning och dermed nödvändigt förbunden ny förhandling verkligen innebär en fördel. Det är visserligen allmänt erkändt, att utan en stark kollegial domstolsorganisation och advokattvång ny fullständig pröfning är ovilkorligen nödvändig; men är Domstolen väl besatt och parternas sak lagd i rättskunnige advokaters händer, anser man en sådan förnyad pröfning vara hvarken nödig eller nyttig. Det är icke bevispröfningen, menar man, som tarfvar den högre insigt, af hvilken Öfverrätten antages vara i besittning; denna pröfning verkställes med lika, ja större säkerhet af Domstolarne i första instansen, hvilka stå personer och förhållanden närmare. Skall äfven den faktiska delen af frågan af Öfverrätten pröfvas, är det nödvändigt, att, för parternas beqvämlighet, så mycket som möjligt fördela Öfverrätterna, hvarigenom man förlorar de väsentliga fördelar, som med större centrala Domstolar äro förenade[1]). Men för öfrigt anser man möjligheten af en *ny förhandling* af saken ingalunda vara en vinst. Utsigten till en sådan verkar förlamande på förfarandet i den första instansen, då parterna spara sina vapen till den högre, framställningen blir lätteligen skef och ofullständig; å andra sidan återverkar den första domen på förfarandet vid den högre instansen, i det att parterna derefter inrätta sitt uppträdande — äfven om materialet framlägges ånyo, varder det färglagdt i ett visst syfte. Det är derför bättre att få *en* pröfning, hvilken kan göras fullt tillfredsställande, än att få två, af hvilken ingendera är det. En ny pröfning af ett blott skriftligt material, till hvilket alls intet får tilläggas i Öfverrätten, kan vara förnuftigt och nyttigt, men med rätten att anföra nya inlägg i saken — såsom med muntligt rättegångssätt är nödvändigt — förryckes förfarandet. En ny förhandling, äfven om den skulle fullkomligt tillfredsställa muntlighetens fordringar, är derför, menar man, i och för sig förkastlig och bör,

[1]) Jemför de skäl, som anföras mot Lagkommitténs förslag om Hofrätternas utbrytning i äldre Lagberedningens utlåtande angående Domstolsorganisationen, s. 32 ff.

när förfarandet i första instans är fullt tillfredsställande, endast såsom rent undantag, i restitutionsfall, medgifvas. Striden gäller derför i sjelfva verket ytterst icke frågan om förnyande af bevispröfningen, utan om förnyande af förhandlingen. Då denna fråga — angående behofvet och nyttan af det så kallade *beneficium novorum* — icke kan besvaras, utan att ingå på de allmänna grunderna för rättsmedlen, kunna vi först i samband med behandlingen af rättsmedelsystemet besvara densamma; den undersökning, vi i det följande skola underkasta denna fråga, skall derför tjena att också belysa det spörsmål, vi här behandlat. På denna punkt af vår framställning måste vi inskränka oss till att angifva den synpunkt, som är afgörande för frågan om företrädet mellan »Berufung», eller som den med ett allmännare namn betecknas, »Appell» och »Revision.»

Muntlighetens fördelar och olägenheter.

Härmed hafva vi sökt i möjligaste korthet angifva muntlighetens allmänna karakter och dess inverkan på förfarandets gestaltning. Genom det muntliga förfarandet befordras tvenne af rättegångsordningens uppgifter: säkerhet och snabbhet. Vi hafva redan i det föregående framhållit det företräde det omedelbara intrycket, i fråga om fullständighet och riktighet, eger framför det medelbara. Genom den föregående framställningen torde det ock vara uppvisadt, att skyndsamhet med nödvändighet hör tillsammans med muntlighetens tillämpning. I det skriftliga förfarandet äro uppskof utan betydelse för sakens slutliga pröfning, och den omständigheten att Domaren sällan vid sjelfva förhandlingen har allt, som anförts, i klart minne och sålunda icke vet, om något i utredningen ännu kan fela, gör honom lätt böjd att äfven onödigtvis medgifva sådana; i det muntliga förfarandet gör ett uppskof den föregående förhandlingen så godt som värdelös, och Domarens, likaväl som parternas, intresse manar till att förekomma dem.

Men muntligheten har äfven sin frånsida; den utesluter möjligheten att bevara processmaterialet för framtida pröfning; den ställer anspråk på förfarandets anordning i det hela och på Do-

marens duglighet, hvilka äro svåra att tillfredsställa. Och fördelarne kunna icke köpas utan uppoffringar; särskildt fordrar muntlighetens tillämpning i de större målen en kostnad, som det skriftliga förfarandet icke kräfver. Icke desto mindre har muntligheten i de länder, der den haft tillfälle att mäta sig med ett skriftligt förfarande under olika former, visat sig vara detta ojemförligt öfverlägsen och förmått besegra det mest envisa motstånd. Men muntlighetens företräde kan också fullt skattas endast af dem, som varit i tillfälle att anställa en sådan jemförelse; dess betydelse ligger mindre i vissa särskilda fördelar, hvilka kunna skarpt bestämmas, än i det allmänna omskapande och lifgifvande inflytande, det utöfvar på hela rättegångssättets gestaltning, på Domare lika väl som på rättegångsformer. De farhågor för ytlighet och godtycke i förfarande och domslut, hvilka för den som bedömer frågan på afstånd, förefalla så naturliga, visa sig på närmare håll vara ogrundade. Särskildt bör man icke tro, att muntligheten genom advokaternas medverkan förvandlar rättegången till en tummelplats för oratoriskt prål eller innehållslöst prat. Om än i straffprocessen juryns deltagande i rättsskipningen kan utöfva en sådan inverkan på förhandlingssättet, ställer sig saken annorlunda, när advokaten talar uteslutande till Domare, hvilka väl förstå att skilja agnarne från hvetet. Hela skilnaden är den, att saken framställes i öfversigtlig ordning, att de afgörande punkterna *framhållas* men icke behöfva *uppletas*. Att undantag kunna gifvas, skall icke förnekas; men undantaget är icke regel. Det får dock aldrig förgätas, att muntligheten icke är sitt eget ändamål, utan att den skall tjena ett högre, och att Lagstiftaren derför icke får göra sig skyldig till ett doktrinärt konseqvensmakeri, som i frågor om hvad som är praktiskt lämpligt icke är på sin plats. Der muntligheten skulle leda till ett mindre godt resultat, än som med afvikande derifrån kunde vinnas, der bör den uppgifvas, och der förutsättningarne för dess tillämpning icke kunna åstadkommas, der bör dess genomförande icke i fråga sättas. Den bör utgöra det *mål*, till hvilket Lagstiftaren skall sträfva och hvilket han skall

söka närma sig, med ständigt vaken hänsyn till de i verkligheten gifna förhållanden.

Vända vi oss nu till vår gällande rättegångsordning, finna vi der, såsom redan anmärkts, ingalunda den muntlighet, som den nyare processlagstiftningen afser att tillämpa. Redan saknaden af rättskunnige advokater, såsom biträde åt parterna, gör hos oss tillämpning af den rena muntligheten eller omedelbarhetsgrundsatsen omöjlig. En granskning af vår rättegångsordning gifver ock vid handen, att icke ens ett närmande till dess fordringar åsyftats. I Öfverrätterna är förhandlingssättet rent skriftligt med endast oväsentliga undantag; dom fälles uteslutande på grund af skriftliga handlingar, hvilka icke ens af parterna sjelfva refereras. I Underrätten för sig går väl förhandlingen och bevisföringen i regeln omedelbart inför Rätten, men man har icke sörjt för, att domen fälles af den Domare, som behandlat målet i dess helhet — efter 1872 års Förordning om Häradsting, hvilken gör ett sammanträde under tinget till afslutning af ett föregående, inträffar det ej sällan, att den som dömer icke har hört en enda förhandling i saken [1]) — eller att domen följer omedelbart på förhandlingen (24: 5 R. B. och F. O. $^{30}/_{10}$ 1866). Bristen på koncentration är fullständig; ingen förberedande skriftvexling, endast en löst utkastad stämningsansökan, hvars innehåll behöfver väsentligen utvecklas för att kunna uppfattas, är allt hvad för rättegångs begynnande är nödigt; icke ens skriftliga bevis skola på förhand angifvas eller meddelas. Denna ofullständiga förberedelse, i förening med frånvaron af all preklusion under förfarandets gång, gör att Domaren ofta finner sökt uppskof »icke kunna lagligen vägras» och att förfarandet sönderfaller i en mängd osammanhängande bitar, hvilka först i protokollet få sin yttre förening. Det är ensamt ur denna källa, Domaren skall hemta sitt vetande; allt som icke finnes der, är för sakpröfningen förloradt. Det är icke en anteckning för Domaren, det är det enda materialet för domen. Derför är det af utomordentlig vigt, att protokollet är fullständigt och

[1]) Jfr Just.-Omb:s Berättelse 1874, s. 62 ff.

riktigt, och derför har frågan om det rätta anordnandet af protokollsföringen varit en af dem, som hos oss lifligast tagit uppmärksamheten i anspråk. Med den uppgift, som tillkommer protokollet, kan den närvarande ordningen icke anses tillfredsställande; parterna äro nästan fullständigt lemnade i Domarens hand, då justering icke är såsom regel föreskrifven och faktiskt ofta underlåtes vid Underrätterna. Det s. k. »memorialet» är i sjelfva verket intet annat än hvad namnet anger — en minnesanteckning — och skall först senare utarbetas till hvad det bör vara; att protokollet under sådana förhållanden icke kan motsvara de anspråk, som på detsamma böra ställas, är naturligt, men icke desto mindre är möjligheten att vinna rättelse i detsamma ganska ringa. Å andra sidan möter det svårighet att åstadkomma något bättre. Att göra Domaren endast till parternas »skriftställare» och tvinga honom att efter deras behag protokollera allt, hvad det faller dem in att diktera, kan naturligtvis icke komma i fråga; det kan icke ens utan de största olägenheter begäras, att fullständigt protokoll skulle genast af Domaren uppsättas och inför parterna justeras. Att åter öfverlemna bestyret att uppsätta protokollet, såsom Lagkommittén i sammanhang med föreskrift om justering föreslagit [1]), åt en särskild protokollsförare, är olämpligt, emedan protokollet i sådant fall icke återgifver Domarens uppfattning, utan en annan, utom förhandlingen stående persons. Lagberedningen föreslog i detta hänseende en genomgripande förändring. I förslaget till Rättegångs-Balk kap. IX § 2 heter det: »Hvad part i saken påstår, erkänner eller nekar, så ock allt hvad till bevisning å ena eller andra sidan föredrages, skall i protokollet noga upptagas. Förefaller i öfrigt å någondera sidan yttrande, som å andra sidan till upptecknande anmärkes, eller som Rätten anser nödigt att till minnes skrifva: nämner part fullmäktig: träffas inför Rätten förlikning eller annat aftal: eller afgifver någon eljest inför Rätten förklarande, som för framtiden förvaras bör; det allt varde ock i protokollet infördt.

[1]) Lagkommitténs Förslag till Allmän Civillag 1826, Bihang № 2. Äfven vid Riksdagen 1859—60 väcktes förslag i sådant syfte.

Ej skall protokoll vidare belastas med parters anföranden; gör någon sådant skriftligt; varde det uppläst, antecknadt och till handlingarne lagdt.» Härmed sökte man vinna en bestämd gräns för hvad protokollet skulle innehålla; endast hvad som *band* i saken, men inga deduktioner af sak- eller rättsfrågan, skulle der få upptagas. Det var sålunda här fråga om en protokollsföring, snarlik den vi i nyare på muntligheten grundade rättegångsordningar hafva återfunnit, och det var äfven för att tillämpa muntlighetsgrundsatsen, Beredningen stadgade denna begränsning. Emellertid synes Beredningens förslag icke vara fullt lyckligt. Först och främst sakna föreskrifterna om, hvad i protokollet bör inflyta, den bestämdhet, som vore nödvändig för att förekomma störande tvister angående protokollations behöflighet. Men vidare synes en begränsning, sådan Beredningen föreslagit, icke riktig, så länge icke man genom förfarandets koncentration sörjt för, att äfven det muntligen föredragna verkligen kan utöfva fullt inflytande på den Domare som dömer. Har man icke sörjt för ett sådant samlande, varder följden helt enkelt den, att hvad muntligen föredragits är för sakpröfningen förloradt. Genom den utväg, förslaget öppnade för part att i skrift bilägga protokollet, hvad der icke fick intagas, skulle för öfrigt säkerligen uppslag gifvas till ett *rent* skriftligt förfarande, då part icke lärer underlåta att i sitt eget välförstådda intresse sörja för, att hvad han till utveckling af sin talan anför, icke skall förljuda utan att kunna beaktas. Det bör dock icke förbises, att Beredningen i samband med denna förändring tänkte sig en reform äfven af förfarandet i Öfverrätterna. Sedan berättelse af en Rättens ledamot författats, egde parterna deremot framställa skriftliga anmärkningar, hvarefter ett slutförhör inför Rätten skulle ega rum, dervid parterna finge *muntligen* utveckla sin talan och dervid göra de tillägg till skrifternas innehåll, hvilka de aktade nödiga [2]). Genom att i Öfverrätten, der nödig koncentration på grund af sakens föregående behandling kunde vinnas, tillåta

[1]) R. B. XVIII: 10. XX: 11. Motiv. s. 23 ff. Jfr Lagkomiténs protokoll för den 10 Januari 1821.

en ny fri förhandling af saken, sökte man sålunda afhjelpa olägenheten af ett allt för knapphändigt protokoll. En sådan utväg kan icke utan orättvisa förmenas parterna, om man vill, att icke de sjelfva, utan Domaren i första instansen skall bestämma, hvad af deras anföranden skall i skrift bevaras. Men ega parterna en sådan frihet, behöfver man å andra sidan icke med ängslig försigtighet sörja för en fullständig uppteckning åf hvad i första instansen förekommer.

VII.

Om Rättsmedlen.

Att det afgörande, hvarmed rättegången ändas, må varda riktigt, är rättsskipningens högsta mål; det skall betryggas genom förfarandets lämpliga anordning, genom Domarnes duglighet och genom Domstolarnes ändamålsenliga inrättning. Men oaktadt all omsorg kan i särskilda fall något i ena eller andra hänseendet brista; parterna kunna fela vid framställandet af saken, Domaren vid dess pröfning — i båda fallen varder domen oriktig. Det synes derför icke vara välbetänkt att tillägga denna dom orubblighet, att beröfva parten all möjlighet att få det felande bättradt och domen ändrad. Men det vore än mer oklokt att ständigt hålla tvisten öppen, att aldrig stanna vid ett resultat såsom bestående; rättsskipningens uppgift skulle derigenom fullständigt förfelas. Om än intet menskligt är höjdt öfver möjligheten af fel, fordrar dock rättssäkerheten att någon tidpunkt måste gifvas, då domen icke vidare kan angripas, då den erhåller *rättskraft*. Derför vill man tillgodose parts intresse att få ett felaktigt afgörande ändradt genom att gifva honom vissa medel att hindra, att sådan rättskraft inträder, utan att pröfningen förnyats. Det är dessa medel man kallar *rättsmedel* i egentlig mening. Att riktigt anordna dessa är en bland processlagstiftningens svåraste uppgifter. Å ena sidan skall den möjligen förorättade icke sakna tillräcklig lägenhet att vinna rättelse, å den andra får icke den verkligen berättigade onödigtvis uppehållas i åtnjutande af sin rätt; motsatsen mellan krafvet på säkerhet och på skyndsamhet framträder här med full skärpa. Rättsmedelsystemet måste framgå ur en noga

Allmänna synpunkter.

afvägd kompromiss mellan dessa intressen; rätten att söka ändring skall begränsas inom så trånga gränser, som med säkerhet i rättsskipningen är förenligt.

Orsaker till oriktiga afgöranden.

Se vi nu på de orsaker, hvilka kunna föranleda oriktighet i ett af Domstol gifvet beslut, så kan felet ligga antingen hos parten eller hos Domaren; den förre har kunnat underlåta att utreda eller framställa saken så, som för en riktig uppfattning var nödigt, den senare kan af okunnighet eller förbiseende hafva felat i afgörandet. Rättsmedlet skall i förra fallet afse att gifva parterna tillfälle att bättre utreda eller framställa saken, i det senare att bereda en insigtsfullare eller sorgfälligare pröfning. Vare sig att det ena eller andra afses, måste rättelse sökas genom ett vid vissa former och viss tid bundet förfarande; det kan i allmänhet icke tillåtas parterna att utan vidare begära, eller Domaren att medgifva ändring i beslut, som af Rätten afkunnats.[1])

Ordinära och extra ordinära rättsmedel.

Granskar man de olika fall, der en ändring af ena eller andra skälet kan i fråga sättas, äro dessa af väsentligt olika natur; man bör skilja sådana fall, der domen tillkommit med åsidosättande af vanliga rättegångsformer eller der dess oriktighet beror af omständigheter, hvilka det icke stått i partens eller Domarens magt att förekomma, och sådana, der oriktigheten härleder sig från mer eller mindre oursäktlig försumlighet eller fel af part eller Domare. Det är gifvet, att dessa båda grupper af fall icke kunna mätas med samma måttstock; i förra händelsen, der en mer ovanlig omständighet förekommit, bör rätten att söka ändring vara om än icke obegränsad, likväl betydligt vidsträcktare än i de senare. Man indelar derför rättsmedlen i *extra ordinära* och *ordinära*.

Ordinära rättsmedel.

Fästa vi oss till en början vid de ordinära rättsmedlen, så innefattas härunder alla medel att i vanliga fall vinna rättelse i

[1]) Att vissa beslut under rättegången kunna af Domaren ändras, skall i det följande visas. Påtagliga redaktionsfel i den skriftligt affattade domen — missräkning eller felskrifning — bör Domaren sjelf kunna när som helst rätta; deremot kan det icke stå honom fritt att på samma sätt förklara dunkla uttryck eller förändra felaktiga. Jemför C. P. O. § 290, Ö. F. § 440, C. Pr. art. 541; D. F. § 283 behandlar dessa rättelser på samma sätt som beriktigande af den faktiska framställningen. Jmfr ofvan s. 153.

Domstols beslut. De ordinära rättsmedlen gifva part, som är missnöjd med ett af Domstol gifvet beslut, en allmän rätt att i detta beslut söka rättelse, vare sig beslutets oriktighet härleder sig från part eller Domare, från en ursäktlig eller oursäktlig försummelse af den ene eller den andre. Genom att använda ett sådant rättsmedel förhindrar part att den dom, med hvilken han är missnöjd, vinner laga kraft. I afseende på dessa rättsmedel gäller det såsom regel, att rättelse skall sökas vid en högre Domstol, än den som först dömt i saken. Endast derigenom kan ökad säkerhet för en riktigare pröfning vinnas, att denna verkställes af Domare, hvilka antingen på grund af större duglighet eller på grund af Domstolens mer betryggande organisation kunna antagas vara i stånd att säkrare pröfva än de förra. Äfven i de fall, der felet kan sägas närmast bero af parts eget förbiseende och der sålunda rättsmedlet egentligen skulle hafva till uppgift att gifva part tillfälle till en bättre utredning, måste likväl äfven en förnyad och insigtsfullare pröfning i allmänhet *på samma gång* afses; och då sålunda de fall, der ändring sökes af den ena grunden eller af den andra, icke kunna skarpt åtskiljas, gäller såsom allmän regel, att de ordinära rättsmedlen gifva tillgång till sakens handläggning vid en *högre* Domstol.

Extra ordinära rättsmedel.

Men äfven sedan tid för användande af de vanliga rättsmedlen gått till ända, bör i vissa undantagsfall möjlighet icke vara part betagen att i domen vinna ändring. Ett extra ordinärt rättsmedel bör gifvas honom, när domen i sjelfva verket endast har skenet af en laga dom — när den är en *nullitet* — och när parten icke *kunnat* utföra sin talan så som för ett riktigt afgörande erfordrats — när han är berättigad att erhålla *restitution*. I dessa fall måste ändring, om än icke under obegränsad tid, kunna sökas äfven efter utgången af den tid, som för de vanliga rättsmedlens användande är föreskrifven, *såvida* nemligen dessa rättsmedel icke kunnat i det föreliggande fallet af parten användas. De extra ordinära rättsmedlen äro sålunda gifna endast mot laga kraft egande domar och förutsätta, att part varit förhindrad att använda

den allmänna utvägen att före rättskraftens inträdande få domens riktighet pröfvad. I afseende på dessa rättsmedel anmärka vi, att klagan anmäles vid den Domstol, som dömt i saken, och att det är denna som pröfvar, huruvida förfarandet bör återupptagas eller icke, på samma sätt, som den afgör, huruvida restitution vid försummande af särskilda processhandlingar må medgifvas eller icke; äfven frågan om »resning» är sålunda i den utländska processen en vanlig rättegångsfråga. Att ingå i en närmare redogörelse för det sätt, på hvilket lagstiftningen ordnat dessa rättsmedel, kan så mycket mindre vara af intresse, som frågan om hvilka rättegångsfel skola anses medföra nullitet och hvilka omständigheter berättiga till restitution, endast från hvarje särskild lagstiftnings ståndpunkt i det hela kan besvaras. Såsom regel gäller, att i samma mån som rätten att i vanliga fall söka ändring inskränkes, de extra ordinära rättsmedlens användning måste utsträckas och tvärt om. Den *tyska* rätten sammanför under benämningen »*Wiederaufnahme des Verfahrens*» ändringssökande på grund af nullitet och af restitutionsskäl[1]). Den *franska* rätten har ock ett för båda ge-

[1]) C. P. O. §§ 541—554. Såsom nullitetsgrunder anför lagen § 542:

1. wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmässig besetzt war;
2. wenn ein Richter bei der Entscheidung mitgewirkt hat, welcher von der Ausübung des Richteramts kraft des Gesetzes ausgeschlossen war, sofern nicht dieses Hinderniss mittels eines Ablehnungsgesuchs oder eines Rechtsmittels ohne Erfolg geltend gemacht ist;
3. wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich derselbe wegen Besorgniss der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war;
4. wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozessführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

Restitutionsgrunder äro: (§ 543):

1. wenn der Gegner durch Leistung eines Parteieides, auf welche das Urtheil gegründet ist, sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;
2. wenn eine Urkunde, auf welche das Urtheil gegründet ist, fälschlich angefertigt oder verfälscht war;
3. wenn durch Beeidigung eines Zeugnisses oder eines Gutachtens, auf welche das Urtheil gegründet ist, der Zeuge oder der Sachverständige sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;

mensamt rättsmedel »*la requête civile*»[1]) och det *österrikiska* förslaget sammanfattar likaledes i ett gemensamt rättsmedel »*die Nichtigkeitsklage*» och »*die Wiederaufnahmeklage*»[2]). Det *danska* förslaget har intet extra ordinärt rättsmedel i fråga om nulliteter, ehuru den vanliga fristen i sådant fall kan utsträckas (§§ 303, 304), men för öfrigt gifves i vidsträckt omfattning tillgång till restitution genom »*Ny Foretagelse af Sagen ved den samme Ret*»[3]).

Icke alla beslut kunna omedelbart dragas under högre Rätts pröfning.

Öfvergå vi härefter till en redogörelse för de ordinära rättsmedlens anordning, anmärka vi till en början, att icke hvarje beslut, som af Domstol gifves, kan omedelbart underställas högre Rätts pröfning. Det kunde snarare synas, som borde klagan öfver

---

4. wenn das Urtheil von dem Vertreter der Partei oder von dem Gegner oder dessen Vertreter durch eine in Beziehung auf den Rechtsstreit verübte Handlung erwirkt ist, welche mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist;
5. wenn ein Richter bei dem Urtheile mitgewirkt hat, welcher sich in Beziehung auf den Rechtsstreit einer Verletzung seiner Amtspflichten gegen die Partei schuldig gemacht hat, sofern diese Verletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist;
6. wenn ein strafgerichtliches Urtheil, auf welches das Urtheil gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftig gewordenes Urtheil aufgehoben ist;
7. wenn die Partei
   a. ein in derselben Sache erlassenes, früher rechtskräftig gewordenes Urtheil, oder
   b. eine andere Urkunde auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, welche eine ihr günstigere Entscheidung herbeigefürht haben würde.

Diese Bestimmung kommt in dem unter *b.* bezeichneten Falle nicht zur Anwendung, wenn das angefochtene Urtheil darauf beruht, dass auf Grund einer Eidesleistung des Gegners die betreffende Thatsache oder deren Gegentheil für bewiesen erachtet ist.

[1]) C. Pr. art. 480—504. Såsom utomordentliga rättsmedel upptager C. Pr. också »*la tierce opposition*» och »*la prise à partie*», af hvilka det förra är ett medel för tredje man, som genom dom blifvit prejudicerad att söka få domen upphäfd i hvad honom angår, och det senare rättsmedlet gifver utväg att af Domaren som dömt, söka skadeersättning.

[2]) Ö. F. §§ 561—573.

[3]) D. F. §§ 327—341.

Domstols beslut af part kunna föras först när Domstolen skilt saken från sig, vare sig att den afgjort densamma eller förklarat sig icke kunna inlåta sig på dess pröfning; ty först när ett sådant beslut gifvits, kan ett för parten gynsamt resultat icke utan klagan vinnas. Det är likväl både billigt och lämpligt att tillåta särskild klagan äfven öfver andra än slutliga utslag; dels kan ett sådant beslut vara af beskaffenhet att väsentligt inverka på parts eller tredje mans rätt och derför icke böra tillämpas, innan dess behörighet blifvit pröfvad, dels är det önskvärdt att så mycket som möjligt förenkla de tvistepunkter, som på en gång skola underkastas Öfverdomarens pröfning och att derför skilja bifrågorna från hufvudsaken. På grund häraf böra först och främst alla sådana beslut under målets handläggning, hvilka afgöra tvister, som icke stå i omedelbart samband med hufvudsaken — s. k. incidens-tvister — t. ex. i fråga om ersättning åt vittnen, om intervention, om befrielse från rättegångsafgift, med flere, kunna alldeles sjelfständigt öfverklagas; och detta är i den utländska rätten allmänt antaget. Men äfven sådana beslut, som endast förbereda det slutliga afgörandet eller hvilka bestämma ordningen för förhandlingen, *kunna* vara af den beskaffenhet, att de väsentligt beröra parts rätt och derför böra kunna omedelbart underkastas Öfverdomarens pröfning. Att bestämma de fall, der sådana särskilda besvär böra få mot beslut i rättegången anföras, är icke lätt. Lagen för *Genève* (art. 307) medgifver icke särskilda besvär mot andra beslut under rättegången än de, som tillåta ett bevis, hvilket lagen icke medgifver. Den *franska* rätten (C. Pr. art. 451—452) skiljer mellan »jugements *interlocutoires*», »qui préjugent le fond», d. v. s. sådana beslut, af hvilka målets slutliga afgörande kan vara beroende, och »jugements *préparatoires*», hvilka endast ordna eller förbereda förhandlingen; mot de förra men icke mot de senare får särskild talan föras. Den *tyska* rätten medgifver sjelfständig klagan i åtskilliga särskildt uppräknade fall — i fråga om Domarens habilitet, om uppskof, med flere, — samt, såsom regel, när en begäran af part angående för-

farandet utan muntlig förhandling afslagits [1]). På samma ståndpunkt står det *danska* förslaget [2]). En något vidsträcktare rätt att anföra särskilda besvär mot icke slutliga utslag medgifver det *österrikiska* Förslaget (§ 541). I afseende på sjelfva rättsmedlet (*Beschwerde, Recurs, Besværing*) anmärka vi redan här, att det är vida enklare än det som användes mot slutliga utslag [3]), äfvensom att den Domstol, mot hvilken besvären riktas, efter tysk rätt alltid (§ 534) och efter det österrikiska förslaget i vissa fall (§ 546), sjelf kan ändra det öfverklagade beslutet [4]). — Äfven vår gällande rätt gifver mot beslut under rättegången ett särskildt rättsmedel, besvär; såsom brister i den gällande lagstiftningen, torde dock kunna anmärkas, dels att rättsmedlet anordnats i öfverensstämmelse med rättsmedlet mot utslag i brottmål, dels ock i synnerhet, att tillfälle till särskilda besvär i allt för ringa utsträckning medgifves. Endast öfver beslut om Domstols behörighet, om flere parters inkallande samt om uppskof, kan särskild klagan föras, (R. B. XVI: 1, 3, 5), likasom ock öfver edgångsbeslut, emedan dessa ursprungligen varit slutliga utslag. Deremot kan fråga om vites behörighet, om vittnesersättningar, med flere frågor, först i sammanhang med det slutliga utslaget underkastas Öfverrättens pröfning. Lagförslagen medgåfvo i detta hänseende en något större frihet [5]).

Sedan vi sålunda angifvit, i hvilken utsträckning särskild talan mot icke slutliga utslag medgifves, öfvergå vi till rättsmedlen mot sådana beslut, hvarigenom Domaren slutligen dömer i saken och hvilka vi för korthetens skull beteckna såsom *domar*. Hit räknas icke blott beslut, som afgör hufvudsaken helt och hållet eller till en del [6]), utan också beslut, hvarigenom Domaren på grund af pro-

---

[1]) C. P. O. § 530. Jemför Motiven till § 506 i Förslaget.

[2]) D. F. § 320; jemför Motiv s. 147.

[3]) Enligt fransk rätt användes i båda fallen samma rättsmedel.

[4]) Äfven efter fransk rätt äro icke alla förberedande beslut för Domaren bindande; i saknad af lagstadgande härom kan emellertid någon fast regel i detta afseende icke uppställas.

[5]) Jemför R. B. XIII: 2, 3, 5, 11, XXXVI: 12, 14.

[6]) Otvifvelaktigt är rätten att öfverklaga domar, hvarigenom dömts endast öfver en del af det framstälda yrkandet, icke utan sin betänklighet,

cesshindrande invändningar skiljer saken ifrån sig [1]). Dessa beslut måste, om öfver hufvud rättsmedel skola gifvas, kunna öfverklagas, och det är med afseende på de derför afsedda rättsmedlen — *Vad, Appell, Berufung, Revision, Paaanke* — som de svåraste lagstiftningsproblemen framträda.

I hvilken omfattning kan ändring i dom sökas?

Det kunde synas, som fordrade den grund, på hvilken hela rättsmedelinstitutet hvilar, att hvarje dom skulle utan inskränkning kunna öfverklagas och hvarje medel kunna användas att visa dess oriktighet. När vid den första Domstolen ett för parten gynsamt resultat icke längre kan förväntas, synes det icke böra förmenas parten att söka det vid en högre och att grunda sitt angrepp mot den första domen på hvarje skäl, som kan ådagalägga dess felaktighet. I den positiva lagstiftningen är det icke så; der finna vi väsentliga inskränkningar i denna rätt att appellera. Dessa äro af flere slag: dels tillåtes ej ny pröfning af vissa *domslut*, dels uteslutes ny pröfning af vissa af de *grunder*, på hvilka den första domen hvilar, dels slutligen kunna inskränkande bestämmelser gifvas med hänsyn till det *material*, som af Öfverätten må kunna beaktas.

I vissa domar får ändring ej sökas.

En begränsning af första slaget möter oss i fordran på en *summa appellabilis*, det vill säga, att domar i mål af ett visst ringare värde icke kunna appelleras; i sådana saker är den första domen orubblig, så vidt den icke genom extra ordinära rättsme-

---

i det man derigenom utsätter sig för möjligheten af stridiga domar i saken. En rent praktisk svårighet för samtidig behandling af ett mål i Under- och Öfverrätt uppstår enligt utländsk rätt, då handlingarne i målet ej intagits i ett protokoll utan bilda en akt, som icke kan lika lätt ersättas genom en afskrift, som fallet är med ett protokoll. Derför har den *Hannoveranska* processordningen (§ 346) likasom det *danska* förslaget (§ 294: 4) icke medgifvit särskild klagan öfver dessa domar. Ett i den tyska Riksdagskommissionen i samma syfte väckt förslag förkastades (*Materialien* I s. 599). Ö. F. § 426: 2 medgifver Domstolen att uppskjuta förhandlingen öfver icke afdömda delar af målet, till dess den afsagda »Theilurtheil» vunnit laga kraft. Jmfr § 481: 2. Enligt vår gällande rätt kan icke annat än i vissa undantagsfall en del af målet genom dom afgöras.

[1]) Äfven det beslut, hvarigenom en processhindrande invändning förkastas, behandlas i fråga om rättsmedlen såsom slutligt utslag af C. P. O. § 248: 2. Likaså Ö. F., §§ 475, 516 (jemförda med § 423: 2).

del kan angripas. Det gifves utan tvifvel ett bestämdt behof att genom inskränkning af rättsskipningsarbetet i den andra instansen bereda tillfälle att vid besättande af Öfverdomstolarne gå till väga med stor urskilning och derigenom vinna trygghet för en större personlig duglighet hos dess ledamöter. Man har ansett sig så mycket hellre kunna såsom medel att vinna en sådan begränsning, använda en inskränkning af appellrätten, som kostnaderna för rättegången alltid böra stå i rimligt förhållande till sjelfva tvisteföremålet, och sålunda äfven omtanke för parterna sjelfva bjuder appellens uteslutande i ringare mål, på samma sätt som man, af liknande orsak, i de mindre målen använder ett enklare förfarande i första instans [1]). Jemförelsen med »bagatellförfarandet» synes emellertid icke räcka till att motivera ett slikt förmynderskap för parterna; der gifver man dem ett enklare medel i stället för ett kostsammare, här beröfvar man dem helt och hållet en utväg att söka rätt. Denna inskränkning, hvilken finnes i den *franska* rätten och äfven upptagits af de *österrikiska* och *danska* förslagen [2]), är borttagen i den *tyska* lagen [3]). Äfven ur vår rätt är den utesluten genom Kongl. Förordningen af den 18 April 1849.

Af annat skäl utesluter den *tyska* lagstiftningen appell mot domar, gifna mot uteblifven part. Då parten här har ett annat medel att vinna rättelse — »Einspruch» — har det med skäl ansetts öfverflödigt att äfven tillåta honom appellera till högre Rätt, helst härigenom skulle erbjudas parterna en utväg att i sjelfva verket gå den första instansen förbi. (C. P. O. § 474.) Endast på den grund kan den dömde appellera, att skäl till »Versäumniss-

[1]) Jmfr ofvan s. 5 ff.

[2]) Enligt fransk rätt döma fredsdomarne utan appell i saker, som i värde ej öfverstiga 100 frcs; mot handelsrätternas och första instansens domstolars domar är appellrätten begränsad till saker af mer än 1500 frcs värde. Enligt österrikiska förslaget är »summa appellabilis» 50 floriner (§ 471) och enligt det danska 40 kronor (§ 254: 1); det senare förslaget tillåter dock äfven i sådana saker undantagsvis appell (§ 254: 2). Äfven gällande dansk-norsk rätt utesluter appell i ringare saker.

[3]) Jemför *Materialien*, I s. 702.

urtheil» saknats. Med hänsyn till den part som närvarit är domen icke »Versäumnissurtheil», och denne kan derför appellera. De *österrikiska* och *danska* förslagen, hvilka icke medgifva rätt till återvinning, kunna derför icke i fråga om dessa domar inskränka bruket af de vanliga rättsmedlen. Den *franska* rätten, likasom vår egen, tillåter både appell och återvinningstalan.

Slutligen föreskrifva vissa lagstiftningar, att dom om skyldighet att gälda rättegångskostnad icke får öfverklagas, om part icke i hufvudsaken är missnöjd.[1]) Grunden till denna inskränkning ligger i svårigheten att rätt bedöma denna fråga utan att på samma gång ingå i pröfning af målet i dess helhet, i följd hvaraf en sådan särskild pröfning ansetts olämplig.

Ej ny pröfning af vissa grunder för domen.

Vi komma nu till den inskränkning i appellrätten, som afser att från ny pröfning undantaga vissa af de grunder, på hvilka den förste Domaren stödt det slutliga resultat, till hvilket han kommit. Hvari denna inskränkning består hafva vi förut nämnt[2]); den faktiska grundvalen för domen får icke annat än undantagsvis pröfvas, det är egentligen den rättsliga pröfningen af målet, som underkastas Öfverrättens granskning. I stället för en fullständig »appell» medgifver man endast en »revision» i inskränktare omfattning. Skälet till denna begränsning ligger icke egentligen deri, att en dubbel pröfning af den faktiska delen af frågan skulle i och för sig vara mindre behöflig eller mindre ändamålsenlig. Väl har man åberopat analogin med straffprocessen, der en sådan inskränkning i allmänhet eger rum. Men dels torde denna begränsning der hafva en yttre förklaring i användandet af jury för bevisfrågans pröfning, i följd hvaraf ett förnyande af denna pröfning i Öfverrätten icke är lämplig, dels framträda be-

---

[1]) C. P. O. § 94. Angående *beloppet* kan deremot besvär anföras (§§ 99). D. F. § 294 förbjuder ock särskild klagan öfver beslut angående skyldigheten att gälda rättegångskostnaden i målet; deremot få besvär anföras öfver beslut hvarigenom kostnaden för en särskild åtgärd eller ett särskildt sammanträde pålägges ena parten (§ 135). Ö. F. har icke antagit denna begränsning. Motiv s. 160, jmfr § 190.

[2]) Jmfr ofvan s. 156.

visfrågorna i straffprocessen merendels i en enklare och lättfattligare form än i civilprocessen, der de äro så sammanväfda med svåra rättsfrågor, att äfven deras pröfning kräfver ett icke obetydligt mått af juridisk insigt. Det egentliga skälet till ifrågavarande inskränkning ligger, såsom ofvan anmärkts, fastmer deri, att en sådan pröfning, om man vill tillämpa muntlighets-grundsatsen i förfarandet, icke låter sig genomföra, utan att man *på samma gång* låter parterna i den högre instansen med full frihet framlägga saken å nyo; en sådan frihet är nödvändig med ett muntligt förfarande, emedan första instansens processmaterial icke, såsom förhållandet är i ett skriftligt förfarande, fullständigt innehålles i skrifter, hvilka kunna föreläggas den högre instansen i samma skick, som de förelågo den förste Domaren. Men det är just denna frihet att anföra nytt processmaterial (*»beneficium novorum»*), som ansetts vara skadlig; och då den i alla händelser mindre väsentliga fördelen af en ny pröfning af bevisfrågan måste köpas genom att medgifva denna skadliga nya förhandling, anser man den nya pröfningen böra inskränkas till den del af domen, som *utan* en sådan förhandling kan granskas. Frågan om rättsmedlets anordning beror sålunda ytterst deraf, huruvida en sådan rätt att anföra nytt i högre instans skall anses vara lämplig eller icke; att i en skriftlig process, der ett förnyadt framläggande af samma processmaterial är möjligt, utesluta en ny pröfning af bevisfrågan, torde knappt sättas i fråga [1]).

Bör tillfälle gifvas att i högre instans anföra nytt process-materiel?

Hvad mot ett sådant »beneficium novorum» kan anmärkas, är redan i det föregående antydt. Der eventualmaximen icke tillämpas på förfarandet i första instansen och der sålunda parterna ända till sakens slut kunna anföra allt, hvad de akta nödigt, der vill man icke medgifva dem att utan anförande af laga ursäkt få bättra hvad de försummat. Få de en sådan rätt, varder den första instansen blott en försökstation, utan verklig betydelse; tyngdpunkten förlägges till Öfverrätten, hvilket af mer än ett

[1]) Detta erkännes indirekt af de processordningar, som antaga berörda begränsning, då de medgifva ny pröfning af *skriftlig* bevisning.

skäl är olämpligt. Endast der första instansen, i följd af Domstolens organisation och förfarandets anordning, icke gifver nödig trygghet, bör en ny behandling af saken i hela dess vidd, såsom ett nödvändigt ondt, medgifvas. Men i andra fall är den förkastlig. Dessa skäl äro utan tvifvel mycket beaktansvärda. Kunde man i verkligheten komma till en Domstolsorganisation, som erbjöde full trygghet för sakfrågans pröfning, och egde man visshet, att parterna redan i första instansen leddes af en riktig insigt om, huru de vid utförandet af sin talan skulle gå till väga, då vore otvifvelaktigt en ny behandling af saken en onödig och skadlig omgång. Men hvarken i ena eller andra fallet kan man praktiskt utföra, hvad som från rent teoretisk synpunkt visar sig önskvärdt och möjligt; och Lagstiftaren måste taga med i räkningen den ofullkomlighet, som vidlåder allt menskligt, och derefter rätta sina anordningar. En starkare besatt kollegial Domstol [1]) lemnar icke tillräcklig borgen för pröfningens säkerhet; äfven der rättskunnige advokater föra parternas talan, är det icke sagdt, att de genast finna den rätta vägen. Det är ofta nog den i första instansen gifna domen som anvisar parten den väg, han bör gå för att komma till målet och godtgöra sin försummelse; det vore då en obehörig hårdhet att möta honom med ett ovilkorligt: för sent. Det synes derför vara i den materiella rättens intresse att medgifva både en ny pröfning af och en ny förhandling om saken i dess helhet. Endast det måste man hindra, att parten begagnar denna utsigt till att utdraga målet genom att till den andra instansen spara sina vapen, att han till denna uppskjuter med att anföra sina skäl och bevis. Detta förekommer man derigenom, att part som vinner i andra instans genom att der förebringa processmaterial, hvilket han kunnat anföra redan i den första, ändå får betala kostnaden för instansen.[2]) Särskildt eger man i detta hänseende ett band på

---

[1]) Enligt det äldre tyska förslaget likasom efter det danska skulle första instansens Domstolar besättas med fem Domare; efter det österrikiska förslaget likasom efter den gällande tyska lagen äro ledamöterna blott tre.

[2]) C. P. O. § 92: 2. Ö. F. § 255: 2. D. F. § 445. C. G. art. 331.

svaranden derigenom, att Domstolen kan medgifva att domen, oaktadt den icke tagit åt sig laga kraft, går i verkställighet [1]).

Då sålunda den fara som kunde uppstå genom medgifvandet af en fullständig appellinstans kan förekommas, men å andra sidan ett verkligt behof derigenom tillgodoses, har den *franska* och *tyska* rätten medgifvit appell såsom ett allmänt rättsmedel, under det att det *österrikiska* och det *danska* förslaget tillåta den endast såsom undantag. Äfven vår rätt har alltid tillåtit anförande af nya skäl i Hofrätten, oaktadt det i följd af förfarandets skriftlighet här vore möjligt att medgifva pröfning af målet i dess helhet utan att derför tillåta en sådan komplettering. Denna ståndpunkt intaga också Lagförslagen [2]).

Härmed hafva vi angifvit de synpunkter som äro bestämmande för rättsmedelförfarandets allmänna karakter. Vi skola nu redogöra för hufvuddragen af detta förfarandes anordning, utan att ingå i en framställning af detaljbestämmelser. Vi taga dervid närmast hänsyn till det rättsmedel, som vi med ett gemensamt namn kallat »appell», och endast anmärka de afvikelser, som ega rum i fråga om det förfarande, som inledes genom »besvär». Hvad beträffar rättsmedlet »revision», lemna vi detsamma tills vidare åsido, emedan vi till detsamma återkomma, när vi skola redogöra för rättsmedlen i tredje instans. *Appellförfarandets anordning.*

Mot beslut under rättegången kunna besvär i allmänhet anföras så länge saken icke är afgjord; så länge rättelse kan ega rum, bör parten icke betagas möjlighet att begära sådan, och denna rätt bör icke göras beroende af, att han mot beslutet anmäler »missnöje». Annorlunda förhåller det sig med rätten att öfverklaga slutliga utslag; för denna måste en viss tid utsättas, på det att den vinnande må vara tryggad i besittningen af sin rätt. Huru denna tid bestämmes, är icke af något större intresse. I allmänhet beräknas tiden för appell efter utländsk lagstiftning *Tid för anförande af klagomål.*

---

[1]) C. Pr. art. 135, C. P. O. § 650, Ö. F. (1881) § 759, C. G. art. 315, 316;

[2]) Jmfr XVIII kap. R. B. med motiv.

icke från domens afkunnande, utan från dess delgifning, emedan man icke ansett det möjligt att vid afkunnandet hafva domen så fullständigt affattad, att parten kan bedöma, om han bör klaga eller ej.[1]) Såsom en egendomlighet för den franska rätten[2]) anteckna vi, att appell icke får anmälas inom de första åtta dagarne från domens afkunnande — en bestämmelse som grundas derpå, att den uppbrusning, som naturligt nog framkallas af en ogynsam dom, icke bör få gifva anledning till en åtgärd, hvilken man vid närmare besinning skulle vilja hafva ogjord, men som man då drager sig för att återkalla.

»Anslutningsrätten». I sammanhang med bestämmelserna om tiden för appells anmälande står den i utländska processordningar förekommande så kallade *»anslutningsrätten»,* hvarmed förstås en icke klagande parts rätt att i Öfverrätten icke blott försvara sig mot den klagandes angrepp, utan att äfven i sin tur, oaktadt han icke klagat, begära ändring i hvad honom gått emot. Det kan ofta nog inträffa, att när domen icke gifvit fullt medhåll åt någondera parten, den ene väl vill nöja sig med domen sådan han är, men att deremot, om motparten söker ändring, han också vill i sin tur påyrka sådan. Är nu rätten att appellera bunden vid en viss tid, nödgas begge parterna appellera för att icke af hvarandra öfverraskas, och s lunda framtvingas ett appellförfarande, som kans ingendera önskat. För att förekomma sådant, eger den, som icke klagat, rätt att ansluta sig till den klagandes appell, och när den andre yrkar ändring, sjelf begära sådan. Han kan sålunda, om han är nöjd med utgången, lugnt låta appellfristen utlöpa.[3]) Återtages eller förfaller det ursprungliga ändringssökandet, förfaller äfven den andres talan.[4])

---

[1]) C. P. O. § 477, C. Pr. art. 443, Ö. F. § 477. D. F. § 302 räknar tid för appell från domens afkunnande.

[2]) C. Pr. art. 449; jemför C. G. art. 308, revisionsförslaget art. 386.

[3]) Se de något olika bestämmelserna härom i C. P. O. §§ 482, 483, Ö. F. § 488, D. F. § 308: 2, C. Pr. art. 443: 2.

[4]) Jmfr dock D. F. § 310.

Hvad beträffar sjelfva förfarandet[1]) i den högre instansen, så kan detta betecknas som en *fortsättning* af förhandlingen i den första; tvistemålet förhandlas ånyo i de delar, hvari ändring sökes. Nya sjelfständiga anspråk kunna väl icke, ens med motpartens samtycke, i Öfverrätten framställas, ty detta skulle innebära ett upphäfvande af instansordningen; men parterna kunna anföra nya skäl och nya bevis, de kunna här afgifva förklaringar eller bestridanden, hvilka de i första instansen underlåtit, käranden kan inskränka eller utveckla sitt käromål, svaranden kan i Öfverrätten till sitt försvar framställa invändningar, dem han i Underrätten icke gjort gällande.[2]) Genom att sålunda medgifva en fullt fri förhandling om saken i Öfverrätten beröfvar man icke den första förhandlingen all betydelse. Dispositiva åtgärder, såsom medgifvanden och erkännanden, bevara sin kraft, preklusion af rätten att klandra formella brister eger bestånd, allt hvad som förekommit i den första instansen och i handlingarne finnas upptaget, *kan* åberopas här och skall af Domaren i alla händelser beaktas. *Förhandlingen i Öfverrätten.*

Hvad angår förhandlingens *form*, så är denna muntlig; förhandlingen anordnas på samma sätt som i första instans, med skriftlig förberedelse, plädering och nytt bevisförfarande, der sådant är nödigt. I detta hänseende skiljer sig appell i hufvudsaken från besvär öfver beslut, för hvilkas pröfning muntlig förhandling icke är nödvändig.[1])

Hvilken är verkan af rättsmedlens användande mot ett af Domstolen gifvet beslut? Man plägar beteckna denna verkan så, att rättsmedlet säges hafva *suspensiv* och *devolutiv* kraft, och man menar dermed *dels* att efter beslutets öfverklagande all tillämp- *Verkan af appell.*

[1]) Jmfr C. Pr. artt. 456, 461—466, C. P. O. §§ 479—495, 498, 504, Ö. F. §§ 478—487, 490—514, D. F. §§ 356—359.

[2]) Dock med undantag för sådana processhindrande invändningar, hvilka Domaren sjelf icke behöfver beakta. Jmfr C. P. O. § 490, Ö. F. § 499. Enligt C. P. O. § 491: 2 kan qvittningsanspråk framställas, endast om parten utan sitt förvållande varit urståndsatt att göra det gällande i första instans; jemför Ö. F. § 496:2.

[1]) Jmfr C. P. O. § 536: 1, D. F. § 325. Enligt Ö. F. 548 är muntlig förhandling icke ens möjlig.

ning af detsamma hvilar, och *dels* att saken öfverflyttas från den lägre instansen till den högre, så att denna i underrättens ställe afgör den fråga, som underkastats dess pröfning.

Suspensiv verkan. Hvad beträffar rättsmedlens suspensiva verkan, anmärka vi, att besvär öfver beslut under rättegången i allmänhet icke, utan att Öfverrätten derom förordnar eller Underrätten sjelf sådant beslutar, verka uppehåll i förhandlingen vid Underrätten. [1]) Äfven i fråga om domar kan provisorisk verkställighet anordnas, i hvilket afseende den utländska lagstiftningen gifver Domaren en mer eller mindre vidsträckt bestämningsrätt; särskildt medgifves det Domaren att, om en processhindrande invändning blifvit afslagen, föreskrifva, att oaktadt svaranden anmäler sig vilja klaga öfver beslutet, förhandling om hufvudsaken skall ega rum[2]), ett stadgande hvarigenom man förekommer det uppehåll som af tredskande part vållas genom ett alldeles obefogadt framkastande af sådana invändningar och en lika obefogad klagan öfver det beslut, som förkastat dem. Mot detta ofog erbjuder deremot vår rätt icke tillräcklig hjelp.

Devolutiv verkan. Rättsmedlens devolutiva verkan innebär att i stället för ett beslut af Underrätten, hvilket Öfverrätten finner icke vara grundadt, Öfverrätten kan sätta ett annat afgörande; Öfverrätten dömer i Underrättens ställe. Äfven föregående beslut falla under dess pröfning, så vida icke de kunnat särskildt öfverklagas. Har Underrätten gifvit endast ett förberedande beslut, kan Öfverrätten icke befatta sig med hufvudsaken förr, än ett slutligt utslag i Underrätten gifvits [3]). Det kunde synas, som borde Öfverrätten i alla händelser inskränka sig till en undersökning af det processmaterial, Underrätten förut bedömt, men icke omedelbart befatta sig med, hvad Underrätten af ett eller annat skäl icke kommit att

[1]) C. P. O. § 535, Ö. F. § 547, D. F. § 326: 2.

[2]) C. P. O. 248: 2. Ö. F. § 293: 3. D. F. § 176: 1. Jmfr äfven C. P. O. § 276. Ö. F. § 427: 3.

[3]) C. Pr. art. 473 gifver appellinstansen rätt att, om den vid upphäfvande af ett förberedande beslut finner saken mogen för dom, gifva sådan (»évocation»).

pröfva; när ett sådant fall vore för handen, kunde det synas, som borde saken till Underrätten *återförvisas.* Endast på detta sätt vunne man nemligen den dubbla pröfning, som med Öfverinstansen afses. Ett sådant sätt att gå till väga vållar emellertid en omgång, som så vidt möjligt är, bör undvikas. Att på grund af nya bevis återförvisa saken är med muntlighet i öfverrättsproceduren icke ens möjligt, då en bestämd gräns mellan nytt och förut anfördt processmaterial då icke kan angifvas. Saken afgöres derför i detta fall alltid i förefintligt skick af Öfverrätten. Deremot vore det möjligt att återförvisa saken, när någon tvistepunkt, om hvilken Underrätten icke dömt, i Öfverrätten kräfver ett afgörande — när en ny invändning framställes i Öfverrätten, eller när Underrätten, på grund af sin uppfattning af en punkt, undgått att pröfva en annan; när t. ex. Underrätten ansett ett fordringsanspråk från början ogiltigt och derför icke yttrat sig om invändning om betalning. Äfven i detta fall visar sig i den främmande lagstiftningen en utpreglad benägenhet att låta Öfverrätten omedelbart pröfva. Att Underrätten undgått att uttala sig om ett angrepps- eller försvarsmedel — t. ex. giltigheten af en gjord utfästelse, befogenheten af en qvittnings- eller preskriptionsinvändning — hindrar icke Öfverrätten att omedelbart upptaga dessa frågor, såvida Underrätten ingått i någon pröfning af hufvudsaken [1]). I allmänhet anses återförvisning *nödvändig* endast när Underrätten antingen endast dömt om processhindrande invändningar eller blott om grunden för ett anspråk, men icke om dess belopp och ny förhandling för sakens slutliga afgörande fordras; på särskild pröfning må frågan om återförvisnings behöflighet bero, när Underrättens dom upphäfves på grund af formella brister [2]).

---

[1]) C. P. O. § 499: Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts sind alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden *Streitpunkte* über welche in Gemässheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, *selbst wenn über diese Streitpunkte in erster Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden ist.* Ö. F. § 503.

[2]) Jemför C. P. O. §§ 500, 501, Ö. F. § 512, C. Pr. art. 473: 2, D. F. §§ 298, 299.

Enligt vissa lagstiftningar [1]) medgifves det till och med *parterna* rätt att begära fortsatt förhandling i Öfverrätten äfven i de fall, då återförvisning borde ega rum. Vår gällande rätt gifver inga regler angående återförvisning; i praxis eger sådan rum i långt större utsträckning, än här ofvan angifvits, och med den skriftliga proceduren i Hofrätten måste det ock anses som en fördel, att, när väsentligen nytt material i Öfverrätten åberopas, målet å nyo i ett sammanhang behandlas i Underrätten. Lagförslagen, hvilka tänkte sig ett annat förfarande i Öfverrätten, inskränkte användningen af återförvisning till de fall, der vissa svårare rättegångsfel förelupit; deremot skulle sådan icke komma i fråga, blott derför att Underrätten »förbigått något hufvudsakligt ämne som pröfvas bort»[2]).

Härmed hafva vi anfört de väsentliga dragen af rättsmedel-institut i andra instans. Vi öfvergå nu till den frågan, huru många gånger en förnyad pröfning af domen må kunna ega rum — frågan om instansernas antal.

Instansernas antal. Hade Lagstiftaren endast att se till, att det resultat, som genom dom fastställdes, blefve så tillförlitligt som möjligt, skulle det kunna sättas i fråga att medgifva snart sagdt huru många instanser som helst; man skulle derigenom, synes det, vinna ökad trygghet, att parterna icke försummade något af hvad på dem ankomme, och att de omtvistade frågorna blefve pröfvade med allt större omsorg och insigt. Äfven *om* detta vore förhållandet, måste emellertid en gräns för dessa upprepade förhandlingar och förnyade pröfningar gifvas; säkerheten i rättsskipningen får icke ödelägga snabbheten, det ena intresset får icke till intet göra det andra, så att rättsmedlen, i stället för att trygga rättssäkerheten, blefve en utväg att åstadkomma förargelse och osäkerhet. Äfven statens eget intresse bjuder honom att icke göra större uppoffringar för rättsvården, än som verkligen behöfvas, och att derför fastställa en gräns för rätten att anlita Domstolarnes biträde.

[1]) Ö. F. § 513, C. G. art. 328. Äfven för den franska rätten har man velat antaga denna regel.

[2]) R. B. XIX: 5, 6, 7, 8.

Denna gräns måste bestämmas så, att parterna få tillräckligt tillfälle att godtgöra möjliga försummelser och att den Domare, som slutligen dömer, besitter insigter, som gifva trygghet för en sakkunnig pröfning; men när detta syftemål är uppnådt, vore tillåtelse till ytterligare klagan ett obehörigt ingrepp i den vinnande partens rätt och en onödig uppoffring från det allmännas sida.

Endast två instanser behöfvas.

Vår rätt gifver missnöjd part i allmänhet rätt att *tre* gånger få hvarje omtvistad fråga behandlad och pröfvad; det är blott i egodelningsrätts- och lagsöknings-mål samt i fråga om särskilda besvär efter 16 kapitlet R. B., som vår lagstiftning stannar vid två instanser. Äfven Högsta Domstolen har blifvit en fullständig apellinstans, ehuru den gamla kungliga rätten att »bryta skroksoknir och offsoknir», hvilken konungen äfven efter Hofrättens upprättande förbehöll sig, efter lag skulle inskränka sig till en »*revisio actorum*», vid hvilken nya skäl och bevis icke finge beaktas. Sådan är ännu 1734 års Lags ståndpunkt; den känner ingen högre Domstol än Hofrätten, och den tillåter icke, att, när ändring i Hofrättens dom hos Kongl. Maj:t sökes, nya bevis få åberopas, »utan så är att de sedan funne äro eller sådana, att de ej kunnat förr vid handen vara» (R. B. XXX: 11). Men detta stadgande tillämpas nu mera icke och vår rätt kan derför sägas medgifva tre instanser.

Den utländska lagstiftningen går icke så långt; den stannar i allmänhet vid två instanser.[1]) Till en viss grad kan det sägas, att denna inskränkning betingas af muntligheten. Der allt processmaterialet är i skrift affattadt, möter det ingen svårighet att huru många gånger som helst förnya sakens pröfning; äfven om, såsom hos oss, detta material kan i Öfverrätten fullständigas, äro med ett upprepande af pröfningen icke allt för stora svårigheter

[1]) Enligt uppgift hos *Yvernès, L'administration de la Justice civile et commerciale en Europe*, Paris 1877, funnos blott tvenne fullständiga instanser i Frankrike, Belgien, Italien, Grekland, Holland, Schweiz och Ryssland, ehuru i de flesta af dessa länder efter franskt mönster medgafs ett särskildt *kassations*-förfarande; i Österrike och Ungern finnas för närvarande tre fullständiga instanser. I Danmark och Norge gifves det blott två instanser i mål, som handläggas vid hufvudstädernas Underrätter.

förenade. Det skriftliga förfarandet för derför också vanligen med sig en hel rad af hierarkiskt ordnade instanser. Med muntligheten är detta omöjligt; det låter sig göra att inför en Öfverrätt, som icke är alltför aflägsen från parter och vittnen, förnya förhandlingen; men i samma mån som afståndet ökas, växer svårigheten till omöjlighet. Den ökade centralisationen i ett instanssystem utesluter faktiskt möjligheten af en appell; mer än två instanser äro icke med ett muntligt rätttegångssätt möjliga. Men denna inskränkning beror icke ensamt på denna praktiska nödvändighet; med den dubbla förhandlingen och pröfningen anses nemligen just den gräns för appellationsrätten vara uppnådd, hvilken vi ofvan betecknat såsom den rätta. Har parten fått tillfälle att en gång bättra hvad han felat, har han fått saken två gånger pröfvad af insigtsfulle Domare, då har staten gjort nog för honom; han kan icke skäligen begära mer. Två instanser äro från båda desse synpunkter allt hvad som behöfves.

Olägenheter af att stanna vid två instanser.

Emellertid möter det svårighet att med blott två instanser vinna en fullt ändamålsenlig rättsmedelsorganisation. Och detta af två skäl. Först och främst kan man icke med blott två instanser tillräckligt tillgodose behofvet af urval vid besättande af den högsta instansen. Den dom, som skall varda den sista, bör också vara den bästa. Men det arbete som är förelagdt den andra instansen, der denna är en fullständig appellationsdomstol, är så pass omfattande, att man vid valet af bisittare i densamma icke kan uppställa allt för stränga fordringar. Det kan derför vara nödigt att i en högre Domstol, med en mindre omfattande rättsskipningsuppgift, förena de bästa krafterna till pröfning af de frågor, hvilka erfordra den högsta domareskicklighet. Äfven från en annan synpunkt kan en sådan Öfverdomstol vara behöflig. Rätten måste vara lika för alla; det är visserligen ett ondt, om en oriktig rättstillämpning vid Domstolarne gör sig gällande, men det är ett större, om den är olika, om det som är rätt i ett fall, icke är det i ett annat; sådant vållar ohjelplig osäkerhet och missaktning för rättsskipningen. Men för ett större jurisdiktions-

område, der flere Domstolar i andra instans måste finnas, kan sådant icke utan onaturliga band på Domarens frihet hjelpas. Detta kan ske endast derigenom, att all rättsskipning till sist samlas i *en enda* spets, i en högsta instans, i hvars lagtillämpning enhet utan större svårighet kan vinnas.

Betrakta vi dessa skäl för en tredje instans, finna vi först och främst, att de icke äro ovilkorliga. Det är *möjligt*, att rättsskipningsområdet är så pass inskränkt, att icke mer än en Domstol i andra instans erfordras och man kan begränsa denna Domstols arbete så, att dess ledamöter kunna väljas med strängaste urskiljning. I sådant fall behöfves icke en tredje instans. Det *danska* förslaget erbjuder derpå ett exempel. Högsta Domstolen dömer i andra instans i de mål, som af de kollegiala Rätterna handlagts; landets omfång och rättsmedlets begränsning till en pröfning af rättstillämpningen och af urkunder gör detta förhållande möjligt.

Högsta Domstolens uppgift.

För ett större område är sådant icke möjligt; der måste en särskild högsta Domstol inrättas. Att gifva denna karakteren af en fullständig appellationsdomstol är likväl, såsom vi sett, med bevarande af muntlighet i förfarandet, icke möjligt; och i hvarje fall skulle, om den så anordnades, icke med säkerhet kunna beredas den minskning af rättsskipningsarbetet, som är nödig för vinnande af erforderlig begränsning af antalet ledamöter i densamma. Men i fråga om denna Öfverdomstol föreligger icke heller samma behof, som föranleder upprättandet af appellationsdomstolen i andra instans. Denna Domstols egentliga uppgift skall bestå i att öfvervaka rättstillämpningens enhet, och det är derför alldeles naturligt, att dess verksamhet begränsas till att pröfva den del af andra instansens domar, hvilken innefattar en rättstillämpning. Den del af domen, som endast innehåller omdömen om den faktiska delen af parternas tvist, faller icke under Högsta Domstolens behörighet; en ny pröfning och i följd deraf också en ny förhandling, är i afseende på den delen af tvistefrågan öfverflödig. Så vinner man det mål, som med Domstolen bör afses, på samma gång man, genom att låta den döma blott öfver en del af tvistemålet

inskränker dess arbete till ett mått, som medgifver nödig begränsning äfven i fråga om antalet ledamöter [1]).

Kassation. På denna grund hvilar det franska *Kassations*förfarandet. [2]) »*La Cour de Cassation*» är icke en instans, som har till uppgift att skipa rätt mellan tvistande parter, den är satt att vaka öfver »le maintien de l'autorité législative et des ordonnances»; den var från början icke en Domstol utan en afdelning af konungens råd. Ansökan om kassation kan icke grundas endast derpå, att domen i sista instans är oriktig; denna oriktighet måste härleda sig från en felaktig tillämpning af *lag*, »une contravention expresse à la loi». Har Domaren antagit något såsom sant, hvilket icke är det, eller har han ansett något obevisadt, fastän det är styrkt, kan Kassations-domstolen likväl icke taga befattning med frågan, såvida icke Domaren öfverträdt en i lag stadgad bevisregel. Detta är nu den hufvudsakliga kassationsgrunden (pourvoi en cassation); derjemte kan dock en sådan ansökan grundas derpå, att Domaren öfverskridit sin behörighet (excés de pouvoir), att vissa svåra rättegångsfel förelupit eller att dom gått emot annan rättskraftig dom [3]). Det är icke parten ensam förbehållet att begära kassation; den allmänna åklagaren (le ministère public) vid Kassationsrätten kan också göra det vid fall af »contravention à la loi» eller »excés de pouvoir», men denna åtgärd, som vidtages endast »dans l'intérét de la loi», inverkar icke på parternas rätt, äfven om domen upphäfves. — Sjelfva förfarandet är skriftligt. Sedan ansökan om kassation ingifvits, öfverlemnas handlingarne till en ledamot, hvilken

---

[1]) Att pröfningens begränsning till rättsfrågan skall medföra väsentlig tidsbesparing för Domstolen, ligger i sakens natur; ofta nog inskränker sig parternas meningsskiljaktighet till en enda punkt, som kan helt kort framhållas. Enligt benägen uppgift af tyska Riksrättens President, *D:r Simson*, afdömdes af Rättens 7 civilsenater under Jan.—Maj 1881 ett tusen fyrahundra tio mål; den senat, som lemnat den högsta arbetsprodukten, afgjorde 271 saker, under det att för den senat, som afgjort minsta antalet mål, detta antal utgjorde 156. Den franska Kassationsrättens civilkammare afgjorde under år 1878 376 kassationsmål.

[2]) Stadganden om detta förfarande innehållas icke i Code de Procédure utan i flere särskilda förordningar, af hvilka den vigtigaste är af år 1790.

[3]) I de båda senare fallen kan också, under något olika förutsättningar »la requête civile» användas.

såsom »rapporteur» föredrager saken inför den ena af Domstolens tre afdelningar, »la chambre des requêtes». Efter detta referat få sökandens advokat samt »le ministère public» yttra sig, hvarefter afdelningen pröfvar huruvida de åberopade skälen till kassation kunna anses påtagligen ogrundade eller icke; i förra fallet afvisas ansökningen genast, ungefär på samma sätt, som när besvär hos oss utan kommunikation afslås. I motsatt fall går saken, om den är civil, till »la chambre civile», som skall slutligen afgöra, om ansökningen är befogad eller icke. Här afgifva parternas advokater till en början ömsesidiga »mémoires», derefter utses inom afdelningen en »rapporteur», och slutligen afgöres frågan efter det referenten, parternas advokater och »le ministère public» yttrat sig. Genom denna dubbla procedur åstadkommer man en så stor utgallring af kassationsmålen, [1]) att dessa kunna samtliga slutligen pröfvas af samma afdelning af Domstolen. — En egendomlighet för det franska kassationsförfarandet ligger slutligen deri, att Domstolen icke kan sjelf döma, utan måste inskränka sig till att upphäfva (»*casser*») den klandrade domen, samt förvisa målet till en Domstol af samma slag som den, hvilken gifvit den upphäfda domen. [2]) Härigenom vill man utmärka Kassationsrättens egenskap, att icke vara en verklig *instans*, utan en Domstolarne kontrollerande myndighet.

---

[1]) För öfrigt bör anmärkas, att de mål, som af fredsdomarne afgöras i första och sista instans, icke annat än på grund af »excès de pouvoir» kunna underkastas kassation, samt att part, som får sin kassationsansökan förkastad, gör sig förfallen till en »amende» af 150 eller 300 frcs — bestämmelser som afse att minska kassationsmålens antal — Under år 1878 inkommo i Frankrike 663 civila »pourvois en cassation», under det att samtliga i första instans såväl vid de ordinära som freds- och handelsdomstolarne *afdömda* mål utgjorde 443,058; af dessa kassationsansökningar förkastades 348 omedelbart af »Chambre des requêtes».

[2]) Huru det skall förfaras, när denna Domstol icke vill foga sig efter Kassationsdomstolens rättsuppfattning, har varit på olika sätt bestämdt; för närvarande gäller, att om den nya domen grundar sig på samma rättsuppfattning som den upphäfda, alla tre afdelningarne af Kassationsdomstolen skola sammanträda och besluta, hvarefter Underdomstolen är pligtig att döma i enlighet med Kassationsrättens så uttalade mening — Under år 1878 förekom endast en sådan dom af »les chambres réunies».

Revision. Till samma mål syftar den *tyska* lagens *Revision* [1]), hvilket rättsmedel dock väsentligt afviker från den franska kassationen. Äfven här är den nya pröfningen begränsad till den i öfverklagade domen gjorda tillämpning af rättsgrundsatser; men den inskränker sig icke, såsom enligt fransk rätt, till de i lag uttryckligen faststälda rättssatser, utan till hvarje »rättsnorm», äfven om den grundar sig på sedvanerätt eller endast på »lagens grund». Revision kan sökas ej mindre på grund af oriktig användning af den materiella rätten än på grund af processuella fel; såvida ej talan i afseende på dessa genom underlåtet klander redan förut prekluderats. För att ändring skall kunna vinnas, är det nödvändigt, att domslutet *beror* af en oriktig rättstillämpning, så att den oriktiga rättsanvändningen är orsak till det felaktiga slutet; förefinnes en oriktig rättstillämpning, men är sjelfva slutet deremot af annan grund riktigt, eger domen bestånd. Då det emellertid i fråga om processuella föreskrifter icke alltid låter sig bestämma, i hvilken mån utgången kan hafva betingats af deras åsidosättande, gifver lagen särskild bestämmelse att vissa fel i förfarandet alltid skola anses grunda en oriktig dom [2]). Denna nya pröfning kan icke, såsom i Frankrike,

---

[1]) C. P. O. §§ 507—529.

[2]) C. P. O. § 513. Eine Entscheidung ist stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen:

1. wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmässig besetzt war;
2. wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, welcher von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war sofern nicht dieses Hinderniss mittels eines Ablehnungsgesuchs ohne Erfolg geltend gemacht ist;
3. wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich derselbe wegen Besorgniss der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war;
4. wenn das Gericht seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit mit Unrecht angenommen hat;
5. wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozessführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat;
6. wenn die Entscheidung auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei welcher die Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind;
7. wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist.

påkallas af offentlig myndighet »i lagens intresse»; Domstolen är bunden af partens yrkanden (»Anträge»), ehuru den kan tillämpa andra *grunder* för revision, än dem parten åberopat. För en nödig begränsning af Domstolens arbete har man sörjt på flere sätt [1]); dels genom att från revision utesluta de domar, hvilka gifvas af »Landgerichte» i andra instans — sålunda hela rättsskipningen vid enmansdomstolarne — dels ock genom att såsom vilkor för revisionsrätten i fråga om förmögenhets-rättsliga anspråk fordra att »der *Beschwerde*-gegenstand» skall öfverstiga 1,500 Mark, d. v. s. att det belopp, klaganden fordrar *utöfver* det belopp, han genom öfverklagade domen fått sig tillagdt, skall uppgå till detta belopp [2]). Förfarandet är, i olikhet med den franska kassationen, muntligt med skriftlig förberedelse; dock utses alltid en referent, hvilken vid öfverläggningen afgifver ett skriftligt affattadt referat. Upphäfves den öfverklagade domen, kan Domstolen sjelf döma, om saken är mogen för dom; i annat fall förvisas den till samma Domstol, som förut dömt, och denna är nu skyldig att rätta sig efter Högsta Domstolens rättsuppfattning (§ 528: 2).

Nära den tyska revisionen står det danska förslagets »*Paaanke til HöjesteRet*» [3]) och det Österrikiska förslagets »*Oberrevision*».[4]) De skilja sig från det tyska rättsmedlet derutinnan, att det icke är endast rättstillämpningen som pröfvas af högsta Domstolen utan äfven bevisfrågan, såvidt den kan pröfvas *endast* på grund af skriftligt bevis. Detta rättsmedel är sålunda något mer omfattande än det tyska; det afser icke endast kontroll å rättstillämpningen utan pröfning af allt det processmaterial, som kan lika väl pröfvas af

---

[1]) Äfven derigenom vinnes en icke oväsentlig inskränkning i Domstolens arbete att icke alla partikulära rättsystem falla under Riksrättens kompetens; enligt § 511 måste den åsidosatta rättsnormen, för att revision skall tillåtas mot domen, gälla för hela riket eller åtminstone utöfver den Domstols område, hvilken tillämpat den — detta emedan annars Domstolen sjel anses kunna sörja för enhet i dess tillämpande.

[2]) §§ 507, 508, 599. Ursprungligen gjordes revisionsrätten beroende deraf att de begge föregående domsluten icke voro lika (*duæ conformes*), men detta ändrades under lagförslagets behandling. Jmfr *Materialien I* s. 721 ff.

[3]) D. F. §§ 294—319.

[4]) Ö. F. §§ 525—540.

Öfverrätt som af Underrätt. Att det danska förslaget gifvit rättsmedlet denna utsträckning, är naturligt, då det egentligen är det enda mot de kollegiala Rätternas domar. För det österrikiska förslaget, som låter alla mål undergå tre särskilda pröfningar, fans icke detta skäl att i tredje instans medgifva en sådan, visserligen begränsad, pröfning äfven af bevisfrågan; men då förslaget, såsom vi förut sett, på detta sätt fastställt den *andra* instansens kompetens med revision, föll det sig helt naturligt att äfven åt »Oberrevision» gifva enahanda omfattning.

På detta sätt har den nyare rätten lyckats lösa de uppgifter, som böra ställas på en tredje instans: dermed är sörjdt för en slutlig enhetlig pröfning, utan att göra muntlighetens tillämpning i de nedre instanserna omöjlig, på samma gång som man dermed också gifvit parterna utväg att få den svåraste af de frågor, af hvilka tvistemålets afgörande beror — frågan om rättstillämpningen — af tre olika Domstolar pröfvad. Detta rättsmedel förutsätter alltså en sönderdelning af domens innehåll i tvenne delar, af hvilka den ena afgör hvad som är sant, den andra hvad som är rätt — en skilnad mellan »bevisfrågan» och »rättsfrågan». Denna tudelning, hvilken den stränga tillämpningen af muntlighetsgrundsatsen kräfver redan i den andra instansen, möter oss sålunda ovilkorligt i den tredje. Det är derför här stället att undersöka, huru dessa båda områden skola mot hvarandra begränsas.

Skilnad mellan »bevisfrågan» och »rättsfrågan.»

När en person inför Rätta framställer ett anspråk, innebär detta, att han påstår, att ett rättsförhållande af en viss beskaffenhet mellan honom och hans motpart förefinnes, och att detta rättsförhållande enligt lag berättigar honom till det anspråk, han gör gällande. Om motparten bestrider, har Domaren att afgöra, huruvida de faktiska omständigheter, som i målet fulltygats, äro af den beskaffenhet, käranden påstår, och om ur dessa förutsättningar den slutsats kan härledas, hvilken käranden, under form af anspråk, velat derpå grunda. Domaren skall sålunda jemföra den bild, målets utredning gifvit honom af det mellan parterne faktiskt bestående rättförhållandet, med de rättssatser,

hvilka lagligen bestämma rättsförhållanden af det slag, om hvilka i det föreliggande fallet kan vara fråga, och han skall, sedan han funnit de behöriga jemförelsepunkterna, såsom dom uttala den slutsats, hvartill gällande rätt föranleder. Rättstillämpningen innebär sålunda icke en enda tankeoperation, en enda slutsats; den jemförelse, som måste föregå domslutet, kräfver en mängd slutsatser, hvilka också innebära en rättstillämpning. Ett exempel skall tjena att förtydliga detta. En person fordrar vid en svensk Domstol af en annan tillbaka en sig tillhörig lös sak; innehafvaren bestrider att utlemna den eller att göra det utan lösen. Domaren kan nu icke afgöra denna tvist utan att pröfva, huruvida käranden »egde» eller var i »besittning» af saken, huruvida den »obehörigen» frånhändts honom och slutligen huruvida nuvarande innehafvaren i »god tro» åtkommit densamma; först sedan han besvarat dessa frågor kan han döma mellan parterna. Men dessa frågor kunna icke besvaras af någon annan än den, som känner hvad svensk rätt menar med egendom, besittning, öfverlåtelse och god tro; besvaras de utan kännedom om hvad dermed lagligen skall förstås, är svaret oriktigt. Hvarje förberedande slutsats, hvilken innehåller ett bedömande af en faktisk omständighet från rättslig synpunkt, innefattar sålunda en rättstillämpning; endast sådana fastställanden, hvilka grunda sig *blott* på logiskt sammanhang, på allmän erfarenhet eller särskilda tekniska insigter, endast dessa innefatta icke rättstillämpning. Och rättstillämpningens kararakter ändras icke derigenom, att lagen använder beteckningar, hvilka äfven det vanliga språkbruket begagnar. När af Domaren en handling betecknas såsom »köpebref» eller »vexel», när ett visst förhållande benämnes »besittning», när det som mellan parterna förhandlats bestämmes såsom ett »aftal», är dermed uttaladt, att de faktiska omständigheter, som i det föreliggande fallet förekomma, böra från *juridisk* synpunkt på angifvet sätt bedömas.

Rättstillämpningen har sålunda en långt vidsträcktare omfattning, än man vid en ytlig betraktelse skulle vara böjd att antaga; deri ingår en mängd af de fastställanden, hvilka föregå

sjelfva domslutet om de gjorda yrkandena. Äfven den frågan, huruvida ett rent faktiskt förhållande — t. ex. ett visst yttrande — är bevisadt eller icke, *kan* vara en rättsfråga, om nemligen i lag regler för beviset äro gifna, hvilka i det föreliggande fallet kunna komma i fråga att tillämpas. Äfven der en fri bevispröfning är antagen, gifvas, såsom vi sett, sådana regler, t. ex. i fråga om urkundsbeviset, och äfven med en sådan grund för bevisläran kan sålunda bevispröfningen innefatta en rättstillämpning. Deremot är det gifvet att ny bevisning angående hufvudsasaken icke kan medgifvas, såvida icke Underrätten förvägrat sådan derför att den oriktigt antagit den omständighet, angående hvilken bevis skulle föras, icke inverka på saken.

När man nu vill låta Domarens rättstillämpning kontrolleras af en Öfverdomare, är det alltså ett ganska vidsträckt fält man öppnar för dennes pröfning. Undersöker man nemligen, i hvilka olika afseenden Domaren kan hafva misstagit sig, så kan *antingen* felet ligga deri, att han grundat sin dom på en oriktig uppfattning af den rättssats han tillämpat, t. ex. antagit att en besittare i god tro *icke* vore berättigad till lösen; *eller* kan han hafva misstagit sig derutinnan, att han under rättssatsen fört ett faktiskt förhållande, som icke föll under densamma, t. ex. oaktadt innehafvaren kände den oärliga åtkomsten, ansett honom vara i god tro; *eller* kan han slutligen hafva antagit något för sant, hvilket icke är det, eller hållit något för obestyrkt, hvilket är behörigen styrkt, t. ex. förkastat ett pålitligt vittnesbörd om svarandens åtkomst till saken. Af alla dessa uttalanden är det endast det sista, man genom den angifna begränsningen vill undandraga Öfverdomarens kontroll, och detta endast såvida det icke dervid kan vara fråga om tillämpning af en af lagen sjelf gifven bevisregel. Skall nu den afsedda kontrollen blifva verklighet, är det nödvändigt, att Underdomaren upplöser den slutliga domen i dess faktorer, att han steg för steg fastställer sina slutsatser om hvad af de uppgifna facta är *sant eller osant*, hvilka *rättsliga egenskaper* böra tillmätas dessa facta, och slutligen hvilka *rättsliga följder* härledas ur dessa

så bedömda facta. I det ofvan angifna fallet får hans dom icke innehålla blott det, att »som svaranden i god tro blifvit innehafvare af saken, han är berättigad till lösen»; han måste först yttra sig om sanningen eller falskheten af hvarje faktisk omständighet, som på frågan kan inverka, derefter bestämma om käranden besuttit och om saken obehörigen frånhändts honom, samt om svaranden må antagas hafva förvärfvat saken i god tro, samt slutligen yttra sig om kärandens anspråk på att återfå saken och svarandens anspråk på lösen. Dessa förberedande omdömen skola innehållas i den del af domen, som kallas grunder (»Entscheidungsgründe», »Motifs»). Det ligger derför synnerlig vigt uppå, att Underdomaren verkligen här angifver alla de omdömen, hvilka måste föregå det slutliga afgörandet; har han icke så gjort, kan Öfverdomaren icke utöfva den kontroll honom tillkommer. Han kan t. ex. icke ändra Underdomarens antagande af god tro, då han icke så, som Underdomaren, känner de faktiska förutsättningar, af hvilka omdömet härom är beroende. Han kan nemligen icke grunda ett *nytt* omdöme på det referat af det faktiska i saken, hvilket föregår domen (»der Thatbestand,» »les qualités»); ty i sådant fall skulle han pröfva äfven den faktiska delen af frågan och göra det på grundvalen af ett mindre tillfredsställande material, än det Underdomaren haft till sitt förfogande. Detta referat kan visa honom, att Underdomaren *icke* tagit hänsyn till en eller annan faktisk omständighet, t. ex. ett misstänkt yttrande af sakens innehafvare, som föranleder till en annan juridisk uppfattning än den Underdomaren antagit — och i detta hänseende är referatets fullständighet af stor betydelse — men på sjelfva referatet kan han icke grunda ett omdöme, som innefattar ett bedömande *äfven* från faktisk synpunkt. För att det rättsmedel, om hvilket här är fråga, skall erhålla den betydelse, Lagstiftaren velat gifva detsamma, är det derför nödigt, att Underdomarne affatta sina domar med fäst afseende derpå, att en ny pröfning af *hvarje* i domen ingående rättstillämpning må varda möjlig. Att genom lagbud vinna erforderlig

trygghet i detta hänseende är knappast möjligt;[1]) det måste alltid i viss mån varda beroende af Underdomarens förmåga och goda vilja, huruvida Öfverdomaren varder satt i tillfälle att följa honom vid hvarje steg han tagit såsom rättstillämpare, och häri ligger ett ytterligare skäl att icke använda detta rättsmedel mot domar i *första* instansen, der den nödiga precisionen vid domens affattning svårligen kan påräknas. Att fullständigt skilja rättsfråga och bevisfråga är för öfrigt icke ens möjligt; ofta nog *måste* Domaren, när han söker upplösa domen i dess enklaste faktorer, stanna vid ett omdöme, deri äfven en juridisk faktor ingår. Men derför är rättsmedlet ingalunda förfeladt; för det praktiska behofvet är det fullt tillräckligt, om Underdomaren gifver Öfverdomaren tillfälle att kontrollera de omdömen, der den juridiska sidan af saken kan vara underkastad olika meningar. Och *så* långt kan Domaren komma i sönderdelning af de faktiska och juridiska beståndsdelarne af domen.

Härmed hafva vi sökt utreda den så lätt missuppfattade skilnaden mellan »rättsfråga» och »bevisfråga» och visa, hvad den angifna begränsningen innebär. Man kan nu fråga: är detta rättsmedel *i och för sig* lämpligt, så att det, oberoende af förfarandet i de lägre instanserna, bör antagas, eller är äfven det att betrakta som en uppoffring, hvilken betingas af muntlighetens tillämpning i de nedre instanserna och som skall uppvägas af de fördelar, en sådan anordning medför? Utan tvifvel har rättsmedlet både fördelar och olägenheter. Dess uppgift är att i hvarje särskildt fall sätta rättsfrågan på dess spets, att tvinga Domstolen att på hvarje

---

[1]) C. P. O. § 513: 7 räknar bland formfel, hvilka alltid skola anses grunda domens oriktighet, att denna »icke är försedd med grunder». Riktigare uttryckes samma tanke i Ö. F. § 509: 10. För att förekomma att sådana omständigheter, hvilka Underdomaren icke behöfver pröfva, emedan han på annan grund afgör saken — t. ex. preskriptionsfrågan när skuldförbindelse anses ogiltig — af honom lemnas obedömda, och att Öfverdomstolen sålunda, om den utgår från en annan uppfattning af dessa omständigheters inverkan på saken, beröfvas möjlighet att döma, föreskrifver det Danska Förslaget § 267, att domen bör uttala sig *äfven* om dessa, der »Retten skjønner at der dog muligvis af Højesteret kan blive tillagt disse Kjendsgjerninger Betydning.»

punkt i sitt afgörande med full klarhet för sig fastställa den rättssats, den skall använda; det är då icke möjligt att döma efter en kasuistisk billighetskänsla. Det är lätt insedt, huru verksamt detta medel är för befordrande af en säker och medveten rättsutveckling; hvarje dom innehåller icke blott ett afgörande om mitt och ditt, utan måste tillika tydligt och klart uttala sig om innehållet af en eller flere rättssatser. Härigenom icke blott framkallas en i högsta mårto nyttig principdiskussion inom Domstolarne sjelfva, utan fyllas småningom på ett naturligt sätt de luckor, hvilka i hvarje lagstiftning finnas. Att en hög grad af samstämmighet i rättsuppfattning kan vinnas utan att genom påbud tillägga prejudikat bindande verkan, visar den franska rättsutvecklingen; det är den franska Kassationsdomstolens praxis, som ersatt hvad som felas den franska lagstiftningen i fullständighet. Men detta rent juridiska bedömande har å andra sidan den olägenhet med sig, att det hindrar Domaren att döma i saken efter den naturliga takt, som en erfaren Domare alltid besitter, och som kan göra hans domar bättre än hans juridiska teorier; han ställes ansigte mot ansigte med en rättssats, han måste uttala sig derom, han kan icke genom en mer eller mindre orakelmessig motivering komma undan och gifva det utslag, hvilket han säger sig sjelf är det rätta, ehuru han icke kan få det att stämma med en eller annan rättssats, sådan han fattar den. På sådant sätt kan den oriktiga eller missuppfattade teorin komma att göra sig gällande på ett sätt, som aldrig skulle hafva varit möjligt, om Domaren fått »laga efter omständigheterna». Så står en fördel och en olägenhet äfven här gent emot hvarandra, och Lagstiftaren har här, som så ofta annars, att väga den ena mot den andra och välja den väg, han finner i *det hela* bäst befordra processlagstiftningens stora uppgift.
